

Des Obligations naissant des Pourparlers préalables à la Formation des Contrats

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 15 Mai 1939, à 14 heures

PAR

André COHÉRIER

MEMBRES DU JURY :

PRÉSIDENT : M. MOREL, *Professeur*

ASSESSEURS { MM. NIBOYET, *Professeur*
LE BALLE, *Professeur*

IMPRIMERIE LES PRESSES MODERNES
96 Galerie Beaujolais PARIS (1^{re}) 1939

**Des Obligations naissant
des Pourparlers préalables
à la formation des Contrats**

Des Obligations naissant des Pourparlers préalables à la Formation des Contrats

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 15 Mai 1939, à 14 heures

PAR

André COHÉRIER

MEMBRES DU JURY :

PRÉSIDENT : M. MOREL, *Professeur*

ASSESEURS { MM. NIBOYET, *Professeur*
LE BALLE, *Professeur*

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Des Obligations naissant des Pourparlers préalables à la Formation des Contrats

1. La rencontre de deux volontés est l'élément indispensable à la formation d'un contrat. Une convention ne peut se former que lorsque les contractants sont d'accord sur tous les éléments de la convention qu'ils se proposent de conclure. Par exemple, dans la vente, il est nécessaire que les parties en cause soient d'accord sur l'objet, sur le prix, sur les modalités de paiement ; de même dans un contrat de travail, l'employeur et l'ouvrier se mettront d'accord avant de passer leur convention sur le salaire, sur la durée du travail, sur les conditions dans lesquelles il sera effectué, etc...

Dans un grand nombre de contrats de la vie courante, cet accord de volontés est chose facile à réaliser.

Le cas le plus simple paraît être celui de l'offre au public. Dans ce genre de contrat, nous voyons par exemple un individu faire l'offre, soit à l'étalage d'un magasin, soit par voie d'annonces dans un journal, de nous vendre un objet à un prix déterminé, il nous suffit de manifester la volonté d'acquérir l'objet en offrant d'en payer le prix, et le contrat est formé.

Dans un tel contrat, aucune discussion n'est possible : la

volonté du vendeur est déterminée dans tous ses éléments par la seule offre qu'il nous a faite ; ce qui sépare la proposition de contrat du contrat lui-même, est notre seule acceptation.

Le champ de la discussion est des plus réduits, souvent même il est inexistant comme dans la vente à prix fixe.

2. A l'opposé de ces contrats, il y en a d'autres où cet accord de volontés est chose beaucoup plus difficile à obtenir. Souvent, l'individu qui se propose de conclure un contrat n'a pas sa volonté définitivement fixée ; il ne connaît pas quelles seront les modalités de la convention projetée ; il n'en connaît pas exactement l'objet, ou bien il n'est pas fixé sur les conditions d'exécution.

Cet individu va d'abord chercher un cocontractant susceptible d'arriver à un accord avec lui. Lorsqu'il l'aura trouvé, un temps plus ou moins long va s'écouler entre leur première rencontre et la conclusion du contrat ; peut-être n'arriveront-ils jamais à un accord et il se peut que l'un d'eux arrête les négociations entreprises.

Cette période qui sépare la rencontre des deux individus de la conclusion du contrat est celle des pourparlers ; elle est plus ou moins longue suivant les contrats qu'il s'agit de conclure.

Pour éclairer la question, prenons quelques exemples empruntés à la pratique :

Un individu veut faire construire une maison ; il va tout d'abord s'adresser à un entrepreneur. Une première discussion va s'engager entre eux, au cours de laquelle celui qui a l'intention de faire construire va fournir à l'entrepreneur des indications des plus générales ; il le fixera sur le prix approximatif qu'il peut offrir, sur le nombre de pièces de la maison, sur l'emploi des matériaux de construction, il lui fera savoir s'il entend doter ou non sa maison du confort moderne. Lorsque l'entrepreneur sera muni de ces renseignements, il établira un

devis qu'il ira présenter à celui qui a proposé le contrat. Celui-ci peut l'accepter et en ce cas, le contrat d'entreprise est formé. Il peut, au contraire, le refuser et les négociations seront rompues. Il peut aussi demander à l'entrepreneur d'apporter des modifications au projet qu'il a établi ; les négociations se trouveront alors allongées. Nous nous trouvons ainsi en présence d'un contrat qui se forme par étapes successives.

Un autre exemple très courant dans la vie quotidienne est celui de la vente d'un fonds de commerce.

Lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce désire vendre son fonds, il s'adresse à un acheteur qu'il trouve le plus souvent par un intermédiaire ; acheteur et vendeur étant entrés en contact, une discussion plus ou moins longue s'engage entre eux ; l'acheteur discute le prix qui lui est proposé, il demande communication de la comptabilité, il se renseigne sur le chiffre d'affaires, sur l'étendue de la clientèle ; le vendeur s'entoure de tous renseignements sur son cocontractant, ses garanties de solvabilité, le montant du prix à payer comptant, la date de l'échéance des billets de fonds. Au cours de ces négociations qui précèdent ainsi la vente du fonds de commerce, nous voyons les parties arriver pas à pas, se mettre petit à petit d'accord sur les différents éléments que doit comporter le contrat ; lorsque cet accord existe sur tous, il suffit de traduire la volonté des parties dans un acte.

Ces pourparlers que nous avons ainsi mis en lumière dans les deux exemples qui précèdent ont-ils une valeur juridique ? Entraînent-ils des obligations ; et plus spécialement leur rupture peut-elle servir de base à une action en dommages et intérêts ? C'est là un ensemble de problèmes que nous nous proposons d'étudier. Le dernier aspect de l'étude, celui qui résulte de la rupture des négociations préliminaires à la conclusion d'un contrat, est de beaucoup le plus important. Il retiendra la pres-

que totalité de nos développements à venir ; c'est relativement à ce problème que les opinions des auteurs ont divergé ; aussi mérite-t-il une étude plus approfondie à laquelle nous nous consacrerons en étudiant les différentes théories et en essayant de dégager une solution pratique tirée des cas qui se sont présentés devant les tribunaux.

3. Cette étude de la période précontractuelle des pourparlers est des plus récentes et ce n'est guère qu'à la fin du siècle dernier que sont apparues les premières études qui la concernent.

Cette remarque s'applique surtout aux auteurs français. Dans les nombreux ouvrages de notre doctrine nationale, l'étude des négociations préliminaires à la formation des contrats n'occupe que fort peu de place ; elle est presque complètement passée sous silence. Notre doctrine s'inspire avant tout du principe de la liberté contractuelle, et elle n'admet que très difficilement que des obligations soient mises à la charge d'une personne avant que le contrat soit conclu.

Cependant, une certaine réaction s'est manifestée contre cette tendance trop absolue, et c'est ainsi que depuis le début de ce siècle, l'étude des négociations préliminaires et le problème plus général de la responsabilité précontractuelle a préoccupé nos auteurs.

LABBÉ semble avoir été le premier à considérer le problème dans des notes de jurisprudence. Quelques années plus tard, et sans doute sous l'influence des doctrines allemandes et italiennes, les premiers ouvrages apparaissent ; M. SALEILLES étudie la question dans un article publié en 1907, dans la revue trimestrielle de Droit civil ; M. ROUBIER, en 1910, étudie à fond le problème de la responsabilité précontractuelle. Depuis cette époque, les études se sont multipliées ; les décisions de jurisprudence apparaissent ; elles sont sans doute peu nombreuses, mais elles tendent à se multiplier. C'est ainsi que prend nais-

sance dans notre droit un problème nouveau auquel nous nous proposons de consacrer nos développements à venir.

4. Quelles sont donc les raisons qui expliquent cette apparition tardive et qui militent en faveur d'un accroissement de l'importance de ce problème ?

La première qu'il y a lieu de signaler, bien qu'elle ne soit pas la plus importante, est le *déclin du formalisme*.

Dans toutes les législations formalistes, la volonté n'est efficace que si elle se manifeste dans des formes sacramentelles.

Dans de telles législations où la forme est indispensable pour que naissent des obligations à la charge des parties, on conçoit aisément que les négociations préliminaires à la formation d'un contrat ne puissent entraîner de telles obligations.

Les pourparlers se font uniquement par des échanges de lettres ou, le plus souvent, par des discussions orales ; ils ne sont soumis à aucune forme et, par conséquent, ils ne peuvent avoir aucune valeur dans un droit formaliste.

5. Le Droit Romain nous fournit à cet égard quelques enseignements. Les contrats du Droit Romain sont au début essentiellement formalistes, la stipulatio, le nexum en sont les meilleurs exemples. Sans doute ce formalisme va-t-il s'atténuant au fur et à mesure qu'évolue la législation romaine ; mais il demeure au moins théoriquement jusqu'à l'apparition du droit canonique.

Le problème que nous étudions, qui ne peut s'accommoder du formalisme, ne semble pas avoir été abordé en Droit Romain. Il y en a cependant quelques traces dans les écrits de certains jurisconsultes qui accordent un certain effet à l'offre que l'on appelle la pollicitatio. Mais cet effet semblé des plus restreints et d'après M. LÉVY-BRUHL, il ne s'appliquerait qu'aux offres faites à une cité et non à un particulier.

Dans notre ancien Droit, et plus particulièrement au Moyen-

Âge, le problème que nous étudions ne semble pas avoir été abordé. Nos contrats sont influencés par les traditions germaniques. Le formalisme subsiste et il ne s'atténuera qu'au xvi^e siècle, sous l'influence du droit canonique.

Pour ce qui est de la formation du contrat, la capacité, le consentement, nos coutumes reproduisent la législation romaine. Au xvi^e siècle, le droit canonique a fait naître la notion de lésion dans la conclusion des contrats. Sans doute, la lésion ne se rattache qu'indirectement aux pourparlers, mais il ne faut pas oublier que c'est le plus souvent par une habileté dans la discussion préalable, par une exploitation de la situation particulière de l'une des parties au cours de la période précontractuelle, que la convention se trouve entachée de lésion. Au Moyen-Âge, le droit canonique avait posé le principe que celui qui a tiré un avantage excessif du contrat, devait indemniser le lésé ou bien le contrat était annulé.

Il nous paraît utile de signaler cette question pour bien montrer que lorsqu'un droit formaliste disparaît pour faire place à un droit qui s'attache avant tout à la volonté des parties, la période précontractuelle engendre des effets juridiques.

6. Avec le Code Civil, nous assistons à une disparition à peu près complète du formalisme, il ne subsiste dans certains contrats que pour protéger soit les parties elles-mêmes soit l'intérêt des tiers. Le principe de la liberté contractuelle domine tout le Code.

Une multitude de contrats nouveaux dégagés de toute *forme* apparaissent et à la faveur de cette législation nouvelle la phase des négociations préliminaires s'étend de plus en plus. Cependant, elle ne fait l'objet d'aucune disposition spéciale dans le Code Civil. Sans doute, verrons-nous que certains articles s'y rattachent plus ou moins, mais ces articles sont des plus rares et tout le monde est d'accord sur leur interprétation.

Cette abstention du législateur en face du problème que nous étudions montre bien que la disparition du formalisme n'explique pas à elle seule le peu d'importance et l'absence de réglementation des négociations.

Nous avons d'ailleurs eu l'occasion de signaler (voir supra n° 3) que la Doctrine elle-même n'avait pris en considération ce problème que tout récemment. C'est donc qu'à côté de la disparition du formalisme, d'autres raisons ont entraîné l'apparition du problème que nous étudions ; nous allons essayer de les dégager.

7. La véritable cause de la naissance de ce problème des pourparlers réside dans la vie économique contemporaine.

Dans le domaine de l'économie politique, nous assistons à une augmentation de la production, grâce au machinisme et au développement des entreprises industrielles. Mais en même temps que les unités produites se multiplient, la durée du processus de production pour chacune d'elles s'accroît. Ce phénomène que nous pouvons chaque jour constater dans notre industrie moderne existe aussi dans le domaine des contrats, dont la variété et le nombre augmentent chaque jour.

Jusqu'à la promulgation du Code Civil, on peut dire que les relations d'affaires entre individus se limitent à quelques contrats-types : la vente, le bail, l'échange, le dépôt... ; le contrat de société qui est l'un des plus courants de nos jours, est presque passé sous silence ; au cours du xix^e siècle, le législateur doit intervenir pour réglementer un grand nombre de contrats : le contrat de société, par la loi de 1867, en 1909 apparaît la grande loi sur les fonds de commerce, en 1925 celle sur les sociétés à responsabilité limitée, la réglementation du contrat de travail change constamment, surtout depuis quelques années ; en un mot, nous assistons à un travail législatif qui essaie de s'adapter aux conditions que nous impose la vie nouvelle.

Cette activité du législateur entraîne une multiplication du nombre des contrats et, par conséquent, une augmentation des relations contractuelles ; les rapports entre individus s'accroissent sans cesse et ainsi on comprend que le problème relatif aux négociations préliminaires ait pu retenir depuis quelques années l'attention de nos auteurs. Ce problème qui est encore naissant, semble devoir se développer de plus en plus dans l'avenir au fur et à mesure que les relations sont plus variées.

Cette multiplicité de contrats que nous offre le législateur amène chaque individu à chercher celui qui lui convient le mieux. Cette recherche de la solution contractuelle entraîne une augmentation des contacts et, par conséquent, un accroissement des problèmes, que peut soulever la période précontractuelle.

Eclaircissons ces quelques notions par un exemple emprunté à la formation d'une société .

Au début du XIX^e siècle, lorsque plusieurs individus voulaient former une société, ils n'ont pas le choix : ils devaient se plier aux textes du Code Civil, aux articles 1832 et suivants. De nos jours, le problème est tout autre : ils peuvent former, ou bien une société par intérêts, ou bien une société anonyme, ou bien une société en commandite, ou bien une société à responsabilité limitée.

Il est bien évident que les contacts entre les individus sont beaucoup plus nombreux dans la formation d'une société complexe comme la société anonyme, que dans une société civile régie par le Code Civil. Dans la première, nous voyons les fondateurs, les banquiers, avoir un rôle prépondérant, alors que dans la seconde, ils n'ont qu'un rôle très effacé, le plus souvent inexistant.

La fondation d'une société anonyme va donc soulever un très grand nombre de problèmes antérieurs à la conclusion du contrat, que l'on ne retrouve pas dans une société de personnes

régie par le Code Civil. Nous examinerons d'ailleurs le problème lorsque nous étudierons la responsabilité des fondateurs (v. *infra* n° 54).

Cette multiplication des négociations préliminaires que nous voyons apparaître nettement dans le contrat de société n'est d'ailleurs pas spéciale à ce contrat. Nous pourrions multiplier les exemples en prenant séparément les principaux contrats de la vie courante que le législateur a continuellement réglementé depuis quelques années. Citons en passant les dispositions législatives qui ont réglé la vente à crédit et plus spécialement toutes les dispositions sur les billets de fonds. De telles dispositions ont incontestablement amené les parties en cause à adapter le règlement du prix de vente à leur volonté ; cette possibilité ainsi donnée a entraîné une augmentation de durée de la période précontractuelle, au cours de laquelle chacune des parties essaye de nos jours d'obtenir les meilleures conditions possibles, qui sont devenues plus faciles à trouver en raison de la souplesse de la législation actuelle.

En un mot, l'importance du problème des négociations préliminaires est fonction de l'activité législative en matière contractuelle.

8. A côté de cette activité croissante du législateur, il faut ajouter comme facteur important de l'augmentation des négociations précontractuelles, les facilités de communication, le développement de la publicité et des statistiques.

Si nous revenons un siècle en arrière, nous constatons que le champ des contrats est des plus restreints. Les relations contractuelles entre individus se limitaient à un domaine très étroit, à un même canton, à une même commune. Si l'on excepte certaines personnes qui occupaient une position sociale assez élevée, les gens ne se déplaçaient guère.

Il en résultait une simplification du travail précontractuel ;

les dépenses engagées au cours des pourparlers étaient beaucoup plus réduites que de nos jours et ainsi l'on comprend aisément que les questions qu'elles pouvaient soulever n'aient pas présenté la même importance.

De nos jours, la situation n'est plus du tout la même. Grâce aux facilités des moyens de communication, le champ des relations contractuelles entre individus s'étend de plus en plus.

Prenons un exemple : voici une personne qui demeure dans le midi de la France et a l'intention de faire construire un immeuble ; il y a un siècle, elle ne pouvait que s'adresser à un entrepreneur de l'agglomération la plus proche, avec lequel elle entrait en pourparlers. Cet entrepreneur était très souvent le seul dans la localité, peut-être avait-il un ou deux concurrents ; mais on n'observait que bien peu de différence entre les conditions faites par l'un et celles que pouvait faire l'autre ; le champ de la discussion était des plus restreints et l'accord entre les parties suivait de peu l'entrée en négociations. En tous cas, même si ces négociations venaient à se rompre, le dommage qui pouvait en résulter n'était pas bien grand. Actuellement, cette même personne ne choisira peut-être pas un de ces entrepreneurs qui résident près d'elle. Elle saura que dans une grande ville, à Paris par exemple, elle peut trouver des conditions plus avantageuses ; elle saura que pour un même prix, on lui proposera différents types d'immeubles entre lesquels elle choisira celui qui est le plus adapté à ses goûts. Elle n'hésitera pas à s'adresser à un entrepreneur parisien. Si ce dernier juge l'affaire intéressante, il entreprendra un voyage et se rendra sur place pour faire des études. Des négociations interviendront, des plans, des devis, seront établis.

L'entrepreneur, en raison de l'étendue plus grande de son entreprise, de son agencement plus moderne, du plus grand nombre de ses collaborateurs, pourra multiplier ses efforts et

essayer de satisfaire au mieux celui qui a émis l'offre pour arriver à la conclusion du contrat. Il se mettra en rapport avec des correspondants de la région pour obtenir des matériaux de construction ; il fera des démarches, s'entourera de renseignements sur la valeur de l'affaire ; en un mot, il fera des dépenses qui n'auraient pas été engagées il y a un siècle. Cela suffit à montrer que les conditions économiques nouvelles, la rapidité des moyens de communication ; le développement de plus en plus grand des entreprises modernes tendent à donner au problème des pourparlers, et plus particulièrement à celui que pose leur rupture, une importance manifeste.

En même temps que le domaine des relations précontractuelles s'élargit dans l'espace, il s'élargit aussi par l'augmentation croissante des individus qui y collaborent. Ce dernier phénomène a sa cause dans le développement toujours croissant de la publicité.

Cette publicité prend une importance de plus en plus grande depuis quelques années ; il est d'ailleurs bien facile de s'en rendre compte. Il suffit d'examiner les annonces de nos grands quotidiens d'information et de les comparer à celles qu'ils faisaient il y a seulement une trentaine d'années ; sans oublier au surplus que le nombre de ces quotidiens augmente chaque jour. Si nous revenons maintenant à la personne qui a l'intention de faire construire un immeuble, elle ne va plus s'adresser comme autrefois à un seul entrepreneur. Elle va en avoir à sa disposition une multitude et elle pourra en même temps en saisir plusieurs de façon à avoir plus de choix. Chacun de ces entrepreneurs ainsi saisi va se mettre à l'ouvrage et entamer des négociations ; si ces négociations aboutissent avec l'un d'eux, elles vont forcément se rompre avec les autres.

Pour chacun de ces derniers, un problème de responsabilité

va se poser, problème qui n'existerait pas si le développement de la publicité n'avait pas été la cause de cette multiplicité des rapports précontractuels.

Nous avons raisonné sur l'exemple du contrat d'entreprise, mais nous pouvons en donner d'autres pour bien montrer la physionomie générale du problème.

Le propriétaire d'une boutique veut vendre son fonds. Il y a cent ans, il ne pouvait trouver d'acquéreur que dans la région où il habitait. Les personnes qui consentaient à quitter leur pays étaient très rares et elles hésitaient toujours dans un déplacement lent et coûteux ; avant l'apparition des moyens de locomotion moderne, et notamment du chemin de fer, elles ne pouvaient guère transporter leur mobilier et elles étaient obligées de le réaliser avant de partir, ce qui les faisait reculer. Il n'y avait donc que des négociations avec des habitants de la même région ; les dépenses engagées étaient plus faibles et par conséquent, le problème de la responsabilité en cas de rupture des négociations était de bien moindre importance.

D'autre part, la recherche de l'acquéreur du fonds se faisait par l'intermédiaire de relations locales ; souvent un seul agent d'affaires s'en occupait. Aujourd'hui, il en est tout autrement ; grâce aux annonces, à la publicité que font les cabinets juridiques, le vendeur va pouvoir charger un grand nombre d'agents d'affaires de chercher un cocontractant. Il va donc entrer en contact avec beaucoup plus d'acquéreurs éventuels qu'auparavant ; les discussions deviennent de plus en plus nombreuses, car notre vendeur, guidé par l'intérêt, va chercher les conditions les meilleures possibles. Ainsi apparaît une multiplication des relations préliminaires à la vente du fonds et le problème que peut constituer leur rupture est des plus importants.

Cela est si vrai dans le cas que nous étudions que la pratique

des affaires a dû y remédier ainsi que nous le verrons par la suite (1).

Nous verrons de même l'importance des problèmes qui ont été soulevés par la fondation des sociétés anonymes devenues faciles à constituer en raison des facteurs que nous venons de signaler (2).

9. Le problème que nous nous proposons d'étudier se présente à nous comme un problème moderne. C'est en considération de cet aspect que nous nous efforcerons de le résoudre. La théorie que nous essayerons de bâtir s'appuiera sur des exemples empruntés à la vie courante. Nous ferons appel aussi souvent qu'il se pourra à la jurisprudence. Cette dernière est malheureusement bien peu abondante. Le problème posé par la rupture des pourparlers n'a pas été tranché par la Cour de Cassation ; la raison en est qu'il s'agit le plus souvent d'une question de fait sur laquelle elle n'a aucun contrôle. Le juge doit, pour la résoudre, faire appel à des considérations tirées de l'équité, de la bonne foi ou des usages.

Le plus souvent aussi, ce problème n'entraîne pas une demande dont le chiffre dépasse le taux de compétence du Juge de Paix ou du Tribunal Civil en dernier ressort. On comprend donc que les références soient peu nombreuses. Il y a cependant un certain nombre de décisions de Cour d'Appel que nous aurons l'occasion de signaler.

Si la jurisprudence est peu abondante, la doctrine nous fournit par contre quelques éléments intéressants dont nous pourrions nous servir pour élaborer une solution pratique. Nous nous attacherons donc à étudier cette doctrine en même temps que la législation des différents pays qui se sont préoccupés de la question.

(1) V. *infra* N° 52.

(2) V. *infra* N° 54.

Mais avant d'aborder cette étude, il est nécessaire de bien poser le problème et il est indispensable de le comparer à d'autres que peut *soulever la formation* d'un contrat.

Elle se divisera ainsi en trois parties ; nous étudierons en premier lieu, la position juridique du problème des pourparlers ; nous examinerons ensuite la doctrine et la législation en la matière ; enfin nous essayerons de dégager une solution pratique.

Première Partie

PREMIERE PARTIE

POSITION JURIDIQUE DU PROBLEME DES POURPARLERS

SECTION I

Dans quels contrats le problème des pourparlers peut-il se poser ?

10. Au début de notre introduction, nous avons essayé de délimiter le problème que nous nous proposons d'étudier.

C'est ainsi que nous avons été amené à opposer deux catégories de contrats, les uns très simples comme l'offre au public, les autres au contraire, beaucoup plus complexes, comme le contrat d'entreprise passé entre un individu et un entrepreneur, en vue de la construction d'un immeuble. Nous avons alors signalé que l'étude des pourparlers se posait surtout dans les seconds. C'est donc là un premier point à retenir ; le problème des pourparlers ne peut se poser que dans les contrats qui nécessitent une certaine élaboration ; dans les contrats qui, selon l'expression de PIANIOL se forment par décisions successives ; dans les contrats où des volontés sont divergentes au moment où elles se rencontrent et qui arrivent pas à pas, en abandonnant certaines de leurs prétentions respectives jusqu'à un accord.

Prenons un exemple : voici un artisan qui est mis en relation avec un ouvrier qu'il désire embaucher. Au moment de leur première rencontre, leurs volontés divergent sur un grand nombre de points (nous admettons bien entendu, que l'artisan et l'ouvrier sont libres de discuter et qu'ils ne sont pas tenus d'observer les règles édictées par une convention collective, par exemple). La volonté du patron est différente de celle de l'ouvrier, quant au salaire, quant aux conditions de travail, quant au congé ; petit à petit, le patron et l'ouvrier vont restreindre leurs prétentions respectives. Le patron consentira à augmenter le salaire qu'il avait proposé ; l'ouvrier, de son côté, acceptera peut-être ce nouveau taux qui sera le plus souvent inférieur à celui qu'il espérait gagner. Une première décision sera ainsi prise. D'autres interviendront ensuite sur les autres éléments du contrat de travail qu'il s'agit de conclure. Nous nous trouvons ainsi en présence de plusieurs transactions, dont l'ensemble sera consacré par un accord final qui constituera le contrat.

Nous voyons par cet exemple combien un tel contrat est différent de ceux de la vie courante, dans lesquels une des volontés est définitivement déterminée dans tous ses éléments au moment même de la proposition ; il s'agit de conventions où aucune discussion n'est possible, comme celle de vendre des objets à un prix déterminé.

11. Si le problème des pourparlers ne se pose que dans les contrats qui nécessitent une élaboration contractuelle, il y a lieu de remarquer qu'il peut se poser dans tous les contrats où cette élaboration existe. Il nous suffira pour le prouver de prendre quelques exemples.

Il existe dans la vente ; nous l'avons d'ailleurs déjà montré en raisonnant sur la vente des fonds de commerce, où nous

avons mis en lumière les discussions qui interviennent entre le vendeur et l'acheteur.

De même dans le contrat de bail, nous assistons souvent à une très longue élaboration contractuelle ; il arrive fréquemment que les conditions du bail sont longuement débattues entre le propriétaire et le locataire avant d'arriver à la conclusion du contrat. S'il s'agit de louer un appartement, le propriétaire peut se trouver en présence de plusieurs locataires éventuels avec lesquels il entreprend des négociations dont la rupture pourra être une source de responsabilité.

Nous avons également signalé l'importance des pourparlers dans de nombreux contrats de la vie courante : le contrat d'entreprise, le contrat de société...

Un autre contrat où le problème que nous étudions revêt une certaine importance est le contrat d'assurance. Avant qu'un assuré souscrive une police, de nombreuses démarches sont entreprises par l'inspecteur de la Compagnie ; ces démarches sont l'occasion de dépenses, de pertes de temps ; elles peuvent être une source d'obligations.

Si nous quittons le domaine des contrats synallagmatiques pour entrer dans celui des contrats unilatéraux, nous remarquons que pour eux aussi, les pourparlers qui précèdent leurs conclusions peuvent soulever des problèmes. Ainsi dans le contrat de prêt : voici un commerçant emprunteur et un prêteur éventuel qui entrent en négociation, ils vont discuter sur les éléments du prêt qu'ils se proposent de réaliser, sur le taux de l'intérêt, sur les dates de remboursement, sur les garanties à donner au prêteur. L'emprunteur va, au cours de ces négociations faire des démarches, peut-être même que l'attitude du prêteur sera telle qu'il aura le ferme espoir que des capitaux seront mis à sa disposition ; en présence d'une telle situation, notre commerçant se mettra peut-être en rapport avec des tiers pour

discuter sur le prix des marchandises qu'il désire se faire livrer ; il cherchera les meilleures conditions possibles. En un mot, ces négociations auront entraîné des dépenses, des pertes de temps, elles auront peut-être même été l'occasion de nouveaux pourparlers. Si le prêteur vient à les rompre, on peut se demander s'il ne devra pas indemniser l'emprunteur.

Ces quelques exemples illustrent notre principe aux termes duquel le problème des pourparlers peut se poser dans tous les contrats.

Si une élaboration contractuelle est nécessaire, ce serait une erreur de croire qu'on ne le rencontre que dans des contrats compliqués ; il peut se poser dans toutes sortes de contrats.

Cette remarque peut paraître superflue, mais si nous l'avons faite, c'est pour éclairer certaines questions que nous étudierons par la suite. Les auteurs ne semblent avoir pris en considération le problème des pourparlers que pour un nombre très restreint de contrats et plus particulièrement pour le contrat d'entreprise. Lorsque des négociations sont rompues au cours de la formation d'un contrat comme le contrat de prêt, ils ont tendance à rattacher la question de la rupture des pourparlers au problème que soulève le retrait de l'offre, ce qui, nous le verrons, est tout différent.

12. Nous connaissons maintenant dans quels contrats les questions soulevées par les tractations précontractuelles peuvent se poser ; il est maintenant nécessaire de voir quelle est, dans un contrat déterminé, la place des pourparlers ; pour cela, nous devons étudier dès maintenant quelles sont les différentes phases de la formation d'un contrat.

SECTION 2

Les différentes phases de la formation d'un contrat

13. Cette question a fait l'objet d'une étude approfondie de la part d'un auteur italien, le Conseiller Faggella (1). Cet auteur a étudié principalement l'importante question de la responsabilité découlant de la rupture des pourparlers. Avant d'entrer dans cette étude, il a montré quelles étaient les phases qui précèdent la conclusion d'un contrat. Il en distingue trois : les négociations préliminaires, l'élaboration de l'offre et l'émission de l'offre.

La première de ces phases, celle des négociations, des tractations est de beaucoup la plus longue.

C'est au cours de cette période que les parties discutent sur les éléments qui doivent constituer le contrat proposé.

Des accords interviennent d'ailleurs entre les parties sur ces différents éléments. Ces accords n'ont, bien entendu, aucune valeur, et ils sont toujours subordonnés à la conclusion du contrat.

Au cours de cette période, les parties ne sont jamais liées ; elles ne se sont nullement engagées à conclure le contrat, elles n'assument pas davantage l'obligation de continuer les pourparlers entrepris ; et même les accords préparatoires qui n'ont aucune valeur peuvent être remis en question, chacune des parties pouvant revenir sur une décision qu'elle a déjà prise.

Cette première période des tractations concerne uniquement la recherche d'un accord de volontés sur les éléments essentiels

(1) Faggella : *Dei periodi precontratuelli et della loro verse ed essata costruzione scientifica* dans *Studi giuridici in onore de Carlo Fadda*. Naples, 1906, III, p. 269 et suiv. — Saleilles : *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 697 et suiv.

du contrat, c'est celle où l'on bâtit un projet de contrat. Lorsque cet accord de volontés est réalisé sur tous les points essentiels, autrement dit lorsque le projet de contrat est bâti, il s'en présente une seconde, destinée à formuler l'offre d'une façon définitive.

Cette seconde phase suppose un arrêt entre l'achèvement des pourparlers entrepris et la manifestation de la volonté de la partie qui a pris le projet à son compte, par laquelle elle l'adresse à l'autre sous la forme d'une offre définitive.

Il est nécessaire de bien marquer quelle est la position de cette seconde phase dans la formation du contrat.

A la suite de tractations, un accord intervient sur les éléments essentiels du contrat, autrement dit les bases sont établies. Les deux parties se séparent sans avoir pris parti ; chacune d'elles qui ne s'est nullement liée dans la première période se réfugie dans sa « tour d'ivoire » et réfléchit. Elle cherche quels sont les avantages et les inconvénients du contrat dont les bases ont été précédemment posées, ce n'est qu'après cette réflexion qu'elle décidera de l'attitude qu'elle doit adopter, qu'elle décidera si elle doit ou non donner son consentement.

Au cours de cette même période, l'une des deux parties, celle qui a fait l'offre d'entrer en pourparlers, prend le projet préliminaire à son propre compte ; elle règle les points de détail, elle procède à une mise au point et lorsque son travail est terminé, elle formule le projet définitif sous la forme d'une offre de contrat.

Ces points de détail qui sont réglés par l'une des parties au cours de cette seconde phase ne devront pas être en contradiction avec les négociations antérieures, sans cela l'autre partie serait justifiée à ne pas donner son consentement. En un mot, d'après FAGGELLA, la volonté dans cette seconde phase, c'est pas de poursuivre les négociations par voie d'ententes successives,

mais de condenser les accords intervenus en une formule concrète, en une offre définitive.

La volonté, selon l'expression de M. SALEILLES, se recueille pour entrer dans la phase des déclarations juridiques et se manifester sous forme de déclaration formelle qui n'attende plus pour exercer le lien obligatoire que l'adhésion qu'elle sollicite (1).

La troisième phase de la formation du contrat est l'émission de l'offre. La partie qui a établi un projet définitif l'offre à l'autre ; il ne manque plus que l'acceptation de cette dernière et le contrat est conclu.

Il n'y a pas lieu de s'étendre longuement sur cette dernière phase que l'on rencontre dans la formation de tous les contrats et sur laquelle de nombreuses études ont été faites.

Pour éclairer cette construction tripartite de FAGELLA, il paraît nécessaire de raisonner sur un exemple tiré de la formation d'un contrat de société civile de personnes.

La première phase est marquée par des négociations préliminaires sur les éléments essentiels du contrat qu'il s'agit de conclure.

Les futurs associés s'entendent d'abord sur le but lucratif de cette société et ils déterminent ce qu'il doit être très exactement.

Ils établissent ensuite quels doivent être les apports de chacun d'eux ; ils décident s'ils seront en argent, si l'un d'eux apportera une chose immobilière, si l'autre apportera une chose incorporelle comme un brevet d'invention.

Ils s'occupent également de la participation aux bénéfices et aux pertes de chacun des futurs associés ; ils décident si cette participation doit être proportionnelle à leurs apports respectifs.

(1) Saleilles : *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1907. « A propos d'une nouvelle étude sur la matière », p. 697 et suiv.

Tout ce travail précontractuel tend bien à jeter les bases essentielles du contrat projeté.

Cet accord réalisé, nous entrons dans la seconde phase. Chacun des futurs associés se sépare et réfléchit ; chacun a maintenant un aperçu de la convention projetée et ainsi cette réflexion est possible. Cette connaissance permet de voir si « l'affaire est bonne », si elle vaut la peine que des capitaux soient engagés.

Au cours de cette seconde phase, l'une des parties, le plus souvent celle qui a pris l'initiative du contrat, règle des points de détail. Elle décide du lieu du siège social, en admettant que ce point n'ait pas été abordé au cours des premières négociations ; elle détermine le nombre et le salaire du personnel qu'il y aura lieu d'employer pour permettre à la société de fonctionner. Elle examine si ce personnel devra être muni de tel diplôme universitaire. En un mot, elle règle les points secondaires et lorsque son travail est terminé, elle le résume en un écrit qui est l'acte constitutif de société.

Nous entrons alors dans la troisième phase. La partie qui a établi cet acte de société se présente aux autres ; il ne manque plus que leur adhésion et le contrat est formé.

14. Cette division tripartite de FAGGELLA est ingénieuse, nous l'avons vu facilement apparaître dans le contrat de société et nous pourrions la rencontrer dans la formation d'autres contrats comme le contrat d'entreprise.

Malgré tout, elle ne semble pas exempte de toute critique, et ces critiques doivent être faites, car l'auteur attribue à chacune des phases préliminaires des conséquences juridiques différentes ainsi que nous le verrons par la suite.

La distinction tripartite de FAGGELLA n'apparaît pas dans tous les contrats et elle est contraire à la réalité. Dans beaucoup de contrats, la seconde phase, celle de l'élaboration de l'offre, fait défaut. Bien souvent, cette seconde phase n'existe pas et il pa-

rait nécessaire de considérer les négociations préliminaires comme un tout, engendrant toujours les mêmes effets juridiques.

Lorsque les bases du contrat proposé ont été jetées, les parties n'ont pris aucun engagement, elles conservent toujours la possibilité de rompre, et dès lors pourquoi cette seconde période au cours de laquelle la volonté reste toujours libre, engendrerait-elle des effets plus rigoureux que la première ?

Prenons un exemple. J'ai l'intention d'acheter un fonds de commerce, je me suis mis d'accord sur le prix, sur son règlement, sur la date de prise de possession ; mais ce n'est là qu'une ébauche, le contrat n'est pas encore établi, je demande à réfléchir avant de donner une réponse définitive, puis je refuse parce que j'ai trouvé une occasion plus avantageuse. FAGGELLA me condamne plus sévèrement en disant que j'ai créé dans cette seconde phase une confiance plus grande chez mon vendeur que dans la première. Cependant, il devait toujours s'attendre à ce que les négociations soient interrompues ; il a couru un risque comme dans les précédents pourparlers sur les éléments essentiels du contrat de vente, et dès lors nous ne voyons pas pourquoi la condamnation devrait être plus sévère.

D'ailleurs, même en adoptant la doctrine de FAGGELLA, en faisant produire aux pourparlers des effets plus rigoureux lorsqu'un accord est intervenu sur les éléments essentiels du contrat, on n'est pas pour cela sorti des difficultés.

Quels sont en effet les éléments essentiels d'un contrat ? C'est là une chose bien vague et souvent l'une des parties en cause pourra considérer comme essentiel un élément qui, aux yeux de l'autre, apparaîtra comme tout à fait secondaire. 11

Pour éclairer la question, reprenons l'exemple cité plus haut relativement à la constitution d'une société de personnes. Les parties se sont mises d'accord sur le but de la société, les apports, le partage des bénéfices et elles ont décidé que le siège

social serait à Paris, par exemple ; mais il n'a pas été précisé dans quel quartier, on n'a pas déterminé le loyer du local où devait fonctionner la société. Les futurs associés se séparent sans avoir pris parti, l'un d'eux rédige un acte de société dans lequel le siège social est fixé dans un tel local dont le prix est déterminé. Il offre ce contrat et l'un des autres co-contractants vient déclarer qu'il ne peut donner son adhésion en faisant remarquer que le lieu proposé ne peut convenir au but de la société, que d'autre part, le loyer est beaucoup trop élevé, étant donné les ressources du futur être social. Les discussions vont reprendre sur ce point et dès lors, nous verrons apparaître une phase de plus dans la formation du contrat. Peut-être même y aura-t-il une rupture en raison de ce mauvais choix du siège social ou du loyer trop élevé.

Si l'on applique la doctrine de FAGGELLA, l'individu qui a rompu se voit plus sévèrement condamné ; nous verrons, en effet, qu'il doit indemniser les autres parties de toutes les occasions manquées au cours de la seconde phase. Cependant aucun engagement n'est intervenu, l'auteur de la rupture a rompu les pourparlers sur un élément qu'il considérait comme essentiel ; pourquoi le fait que cet élément est considéré par les autres comme secondaire devrait-il entraîner une condamnation plus sévère ?

Nous voyons donc par cet exemple que la division des pourparlers en trois phases est parfois contraire à la réalité. Il est impossible de l'adopter ; l'ensemble des négociations préliminaires à la formation du contrat est une chose complexe. On y voit des périodes d'activité au cours desquelles on se croit bien près de la conclusion du contrat ; une période où cette activité sera presque insignifiante peut y faire suite et à la suite de celle-ci, tous les accords préliminaires peuvent être remis en question ; les bases essentielles du contrat peuvent même être

établies et l'une des parties peut ouvrir à nouveau le champ de la discussion sur un élément qu'elle considère comme essentiel alors que les autres n'y voient qu'une question de détail.

Souvent même la seconde période dont parle FAGGELLIA fait défaut dans un grand nombre de contrats. Il arrive fréquemment que tous les éléments du contrat, qu'ils soient essentiels ou accessoires, sont discutés au cours des négociations préliminaires, sans qu'intervienne cette période de réflexion au cours de laquelle l'offre est élaborée, l'offre de contrat accompagnant immédiatement la clôture des pourparlers. FAGGELLIA l'admet d'ailleurs fort bien en déclarant qu'il est nécessaire qu'un temps d'arrêt soit marqué dans les négociations pour que cette seconde phase existe.

Finalement la division tripartite proposée par l'auteur italien se heurte à de grandes difficultés pratiques ; aussi nous apparaît-il nécessaire de considérer l'ensemble des pourparlers comme un tout astreignant toujours les parties aux mêmes obligations.

Une dernière observation est à faire au sujet de cette doctrine qui est la suivante.

Lorsque l'une des parties en cause se plaint d'une rupture de la part de l'autre, il est nécessaire de déterminer dans quelles phases les parties se trouvent puisque les effets sont différents suivant les phases.

Le juge est ainsi amené à déterminer si les bases du contrat ont été posées ; en d'autres termes, il doit dire quels sont les éléments essentiels du contrat.

C'est une recherche bien difficile à faire, elle exige une étude approfondie de l'intention véritable des parties, le juge devant apprécier quels sont les éléments que chacune d'elles a considéré comme essentiels. C'est là un travail très difficile et l'arbitraire des tribunaux est à craindre.

15. Les critiques que l'on peut adresser à la doctrine de FAGGELLA ne sauraient lui retirer sa grande valeur. L'étude approfondie faite par cet auteur marque un pas en avant dans un problème complexe que les juristes avaient à peine ébauché. M. SALEILLES le qualifie d'étude nouvelle sur la matière. Aucun système juridique véritable n'avait été établi avant.

Nous n'avons pas pour le moment à étudier plus profondément la doctrine de l'auteur italien ; nous en restons actuellement à la position du problème des pourparlers dans la formation des contrats ; nous étudierons plus à fond les obligations que FAGGELLA entend faire découler de cette période précontractuelle par la suite.

En ce qui concerne la division des négociations en trois phases faite par l'auteur, nous devons surtout retenir la distinction très nette qu'il a faite entre les négociations et l'offre de contrat.

Nous avons montré qu'il était difficile de distinguer les tractations préliminaires de l'élaboration de l'offre, mais par contre, la distinction de l'offre proprement dite des tractations est essentielle ; le problème qui se rattache à l'offre de contrat constitue un problème tout différent de celui que nous étudions ; nous le verrons plus loin en délimitant quel est le domaine respectif de l'offre de contrat et celui des pourparlers.

Il nous paraît indispensable de retenir cette distinction car il va maintenant être nécessaire, pour la clarté de l'exposé de déterminer quelle place occupent au juste les négociations dans la période précontractuelle.

La période précontractuelle correspond à une modification progressive de la volonté de chacune des parties qui tend à être en accord avec celle de l'autre partie.

Au début, la divergence de chacune des volontés porte sur la personne même du cocontractant ; dans une seconde période, elle porte sur les obligations devant incomber à chacune des

parties, enfin dans la troisième, la volonté de l'une est définitivement fixée ; il ne reste plus à l'autre qu'à se mettre en accord avec elle.

Chacune de ces phases correspond respectivement à l'offre d'entrer en pourparlers proprement dite, aux tractations proprement dites et à l'émission de l'offre.

16. Pour éclairer tout cela, nous allons prendre un exemple de contrat et montrer en étudiant l'évolution progressive de sa formation quels sont les moments que nous devons distinguer.

Voici un patron qui veut embaucher un ouvrier. La première chose qu'il fera est de déterminer l'individu qu'il va ainsi engager. Il va convoquer différents candidats et il choisit parmi eux celui avec lequel il entrera en négociations pour établir le contrat qu'il se propose de conclure.

Au début, la volonté de ce patron n'est pas déterminée quant à la personne de son futur cocontractant. Il cherchera ce dernier et lorsqu'il l'aura rencontré, les deux parties conviendront ou non d'entrer en négociation.

Il y a donc au commencement de la période contractuelle un acquiescement nécessaire aux pourparlers à entreprendre.

Ce point est à souligner car c'est dans cet acquiescement au travail précontractuel que les auteurs et plus spécialement FAGGELLA ont vu la base des théories qu'ils ont émises dans la matière qui nous occupe.

C'est à notre avis la première phase à distinguer dans la formation contractuelle.

Elle soulève un grave problème de responsabilité : celui du refus d'entrer en pourparlers.

Ce n'est pas celui que nous étudions et nous supposons toujours que cet acquiescement existe.

Ce problème du refus d'entrer en pourparlers possède des liens de connexité évidente avec notre étude et pour être com-

plet, nous devons signaler comment les auteurs et la jurisprudence l'ont résolu (1).

Ils font généralement une distinction suivant les raisons qui ont déterminé ce refus. S'il n'a été déterminé que par des considérations d'intérêt personnel au contractant, il ne peut être une source de responsabilité à son égard. Si, au contraire, ce refus n'est motivé que dans l'intention de nuire, soit à l'autre partie, soit à une tierce personne, soit à un corps constitué, il peut donner lieu à une allocation de dommages-intérêts.

Reprenons notre exemple de tout à l'heure. Si le patron refuse d'entrer en pourparlers avec un ouvrier éventuel parce qu'il estime, ou bien qu'il est trop âgé, ou bien que son état de santé ne lui paraît pas suffisant pour faire le travail, ou bien qu'il ne possède pas les capacités requises pour accomplir convenablement sa tâche, on ne saurait rien lui reprocher, et en aucun cas la jurisprudence ne le condamne à des dommages-intérêts.

Le contraire serait, en effet, en désaccord avec les principes généraux de la liberté du travail, du commerce, de l'industrie. Le patron a avant tout voulu protéger son entreprise ; et si on l'obligeait à entrer en négociations avec cet ouvrier, cela pourrait être contraire à ses intérêts les plus légitimes.

Si, par contre, le patron refuse, soit parce que cet ouvrier est affilié à tel syndicat plutôt qu'à tel autre, soit parce qu'il pratique telle religion qui n'est pas la sienne, soit dans l'intention de nuire à une tierce personne, la situation est tout autre. Ce n'est plus l'intérêt légitime de l'entreprise qui apparaît alors, c'est au contraire une intention de nuire et dès lors, on

(1) René Morel : *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1908 : « Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles », p. 298 et suiv.

comprend fort bien que la jurisprudence alloue des dommages-intérêts en ce cas.

Ces quelques indications sont très schématiques. En réalité, le problème est beaucoup plus complexe, il évolue avec les idées politiques ou économiques.

Comme celui que nous étudions, il pose le plus souvent une simple question de fait, et les juges sont obligés de scruter quels sont les mobiles qui ont entraîné la détermination. Il lui est analogue en tous points, comme lui il ne s'accommode guère de règles trop absolues ; chaque cas particulier pose des questions qui lui sont propres.

Nous reviendrons d'ailleurs sur tout cela à la fin de notre étude et nous verrons que le plus souvent, le problème que la rupture des pourparlers pose une question de fait qu'aucune règle, si ce n'est celle édictée par l'art. 1382 du Code Civil, ne peut résoudre.

17. Après cette première phase, il y a lieu d'en distinguer une seconde qui est celle de l'élaboration de l'offre. Les volontés sont maintenant bien déterminées quant à la personne du futur contractant, leurs divergences portent uniquement sur les éléments du contrat proposé.

C'est à cette phase, à ces effets juridiques, aux obligations qu'elle entraîne, que nous allons consacrer nos développements à venir.

C'est au cours de cette période que le projet de contrat va être élaboré par des négociations et des accords successifs jusqu'à ce que la volonté de l'une d'elles soit déterminée d'une façon définitive.

Pour reprendre notre exemple du contrat de travail, c'est au cours de cette période que les parties vont discuter sur les éléments du contrat de travail, sur le salaire, sur les heures d'entrée et de sortie, sur le congé, sur les conditions dans lesquelles

Le travail sera effectué. Nous supposons, bien entendu, qu'un règlement préalable à l'embauchage n'a pas été élaboré avant l'entrée en pourparlers. En ce cas, la période des négociations n'existerait pas.

Lorsque la volonté de l'une des parties sera ainsi définitivement arrêtée, lorsqu'elle sera résolue à ne plus accepter aucune modification au projet établi, nous entrerons dans la troisième phase qui est celle de l'émission de l'offre. A ce moment-là, il ne manque plus qu'un seul élément pour que le contrat soit conclu : c'est l'acceptation de l'autre partie.

Cette détermination définitive de la volonté de l'une des parties qui sépare la deuxième phase de l'élaboration contractuelle de la troisième est parfois difficile à faire. Dans un grand nombre de cas pratiques, il est peu aisé de savoir si cette volonté définitive de l'un des contractants existe.

Le problème a une certaine importance car les tribunaux sont beaucoup plus larges pour admettre la responsabilité lorsqu'ils se trouvent en présence du retrait d'une offre que lorsqu'ils ont en face d'eux un problème résultant d'une rupture de négociations.

Dans le premier cas, ils considèrent que l'offre doit être maintenue, surtout en matière commerciale pour permettre à l'autre partie de l'examiner. De nombreux arrêts en ont décidé ainsi (1).

Dans le second, les tribunaux n'admettent au contraire que très rarement la responsabilité en cas de rupture et ils exigent une faute caractérisée.

Voici, à titre d'exemple, un certain nombre de cas pratiques où la question s'est posée.

En matière d'assurances, le fait par une Compagnie d'envoyer

(1) (Cassation 27 juin 1894. D. 1894. 1. 132. — C. Paris, 5 février 1910. D. 1913. 2. 1. — C. Paris, 13 mars 1917. G.P. 1916-17, p. 978).

ses tarifs à un assuré constitue-t-il une offre de contrat ou bien est-ce seulement une simple proposition sur laquelle un débat va s'engager ?

Il semble que c'est à la seconde solution qu'il faille se rallier. L'envoi de ces tarifs d'assurances n'est pas la manifestation d'une volonté définitivement arrêtée. La Compagnie ne peut consentir à la souscription d'une police que lorsqu'elle connaît exactement les risques qu'elle doit garantir et ces risques varient suivant les individus.

Voici un cas qui peut se présenter. Un inspecteur d'une Compagnie d'assurances fait parvenir à une personne les tarifs de la Compagnie en même temps qu'il lui remet un exemplaire de police. Le destinataire accepte les conditions de la Compagnie et il fait part de cette acceptation à l'inspecteur qui lui a transmis la proposition. En même temps qu'il accepte, il lui fait part de son désir de voir la garantie jouer à son profit à une date indiquée, le 15 juillet par exemple. L'Inspecteur se met alors en rapport avec la Compagnie et cette dernière adresse une police définitive datée du 1^{er} août. L'assuré est victime d'un accident le 29 juillet. La Compagnie doit-elle verser l'indemnité convenue ?

Il faut décider que non. La proposition d'assurances faite par un agent ne saurait déterminer d'une façon définitive la volonté de la Compagnie. Il est, en effet, nécessaire que cette dernière connaisse exactement quelle est l'étendue du risque qu'elle aura à couvrir. En matière d'accident de personne, elle a besoin d'un grand nombre de renseignements, quel est l'âge du futur assuré ? quelle profession exerce-t-il ? quel est son genre d'activité ? se sert-il d'instruments dangereux ? etc...

Il n'y a donc pas eu d'offres véritables de la Compagnie, mais bien une simple proposition, une négociation préliminaire à la formation du contrat, et l'acceptation du futur assuré n'a pu

former le contrat. L'engagement pris par l'agent d'assurances est inopérant à l'égard de la Compagnie et celle-ci ne doit pas verser l'indemnité prévue. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé le Tribunal de Gand (Belgique) dans un jugement en date du 16 février 1929 (1).

A contrario l'on doit décider que si la Compagnie connaissait par avance l'étendue exacte du risque qu'elle aurait à couvrir, en d'autres termes, si sa volonté était définitivement fixée, elle devrait prendre à sa charge tous les sinistres survenus postérieurement à la date de l'acceptation de l'assuré. Elle aurait en ce cas émis une offre véritable qui aurait été acceptée. Le contrat se serait donc bien formé.

Ce criterium de la détermination définitive de la volonté de l'une des parties en cause pour distinguer l'offre de la simple proposition nous permet de résoudre d'autres cas examinés par la doctrine.

La mise en vente sans indication de prix constitue-t-elle une simple proposition ou bien une offre véritable ?

La volonté du pollicitant n'est pas déterminée sur cet élément essentiel du contrat proposé qui est le prix ; on est donc en présence d'une simple proposition.

Si au contraire, la mise en vente est accompagnée de la fixation d'un prix, si une maison de commerce envoie ses tarifs, ses catalogues, il y a bien une offre véritable et l'acceptation suffira pour que le contrat soit formé.

Certains auteurs ont cependant prétendu le contraire en faisant remarquer que l'acceptation du destinataire de l'offre ne pouvait former le contrat lorsqu'au moment de la réception de cette acceptation, le stock des objets mis en vente était épuisé.

(1) Tribunal de Commerce de Gand, 16 février 1929. *Revue Belge. Assurances et Responsabilité*, 1929, p. 468.

Cette opinion ne saurait être retenue et il semble bien préférable d'admettre avec M. DE PAGE (1) que la mise en vente avec indication de prix constitue toujours une offre conditionnelle « sous réserve de l'épuisement des stocks » qui est toujours prise tacitement en considération par chacune des parties. C'est ce qui est admis par le Code civil suisse (art. 7) (2).

La même observation doit être faite dans le cas de l'offre d'acquérir un objet à un prix déterminé (un ouvrage rare, par exemple) (3).

Les mêmes auteurs ont encore vu là une simple proposition et non une offre véritable. Ils font en effet remarquer que l'acceptation par le propriétaire de l'objet demandé ne suffit pas à elle seule à former le contrat. C'est qu'en effet, dit-il, au moment où cette acceptation parvient à l'individu qui a manifesté le désir d'acquérir l'objet, le contrat était peut-être déjà conclu avec une autre personne également propriétaire de l'objet réclamé. Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte et nous devons faire la même observation que dans le cas précédent. Il y avait bien une offre véritable, la volonté du pollicitant était bien déterminée d'une façon définitive, cette offre était seulement assortie d'une condition tacite : la non acquisition préalable de l'objet.

18. Telle est donc la classification que nous croyons pouvoir adopter dans la période précontractuelle.

FAGGELLA avait passé sous silence la première phase : celle de l'offre d'entrer en pourparlers, alors que cependant elle apparaît comme essentielle en raison des obligations qu'elle peut

(1) De Page : *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Paris, 1934, page 501.

(2) Planiol et Ripert : *Traité pratique de Droit Civil Français*, T. VI par Esmein, p. 128 et suiv.

(3) Baudry-Lacantinerie : *Des obligations* (3^e éd.), Paris 1906, T. 1^{er}, N° 130.

engendrer et qui lui sont propres. Par ailleurs, nous préférons, à la différence de l'auteur italien, considérer comme un tout la phase des tractations qui succèdent à l'acceptation d'un commun accord du travail précontractuel.

Il faut voir dans la division tripartite que nous avons établie une classification commode qui nous permettra de mieux comprendre le développement à venir.

Il ne faudrait cependant pas y attacher une importance trop absolue et nous ne la distinguons nettement que dans les contrats composés qui nécessitent pour leur formation une collaboration entre les futurs contractants (contrat d'entreprise, de travail, de société, vente d'immeubles ou de fonds de commerce). Dans les contrats simples de la vie courante, les deux premières phases n'existent pas. Prenons l'exemple du contrat de transport passé entre une compagnie de chemin de fer et un voyageur ; il ne peut y avoir de discussion sur les éléments de ce contrat qui sont toujours établis préalablement ; seule l'offre de transporter et l'acceptation subsistent.

Cette remarque étant faite, nous terminons maintenant notre étude sur la division du travail précontractuel en distinguant les pourparlers de la promesse de contrat.

SECTION 3

Les pourparlers et les promesses de contrats

19. L'aboutissement normal des pourparlers est la formation du contrat. Cependant entre l'offre de contrat et sa conclusion, un stade intermédiaire est encore possible : c'est celui de la promesse de contrat.

La promesse de contrat est l'acte par lequel l'une des parties

s'engage envers l'autre à passer une convention déterminée lorsque cette dernière en manifeste le désir :

Le cas type d'un tel acte est la promesse de vente. Exemple : un propriétaire de terrain promet de vendre l'un de ses terrains à un industriel établi dans le voisinage lorsque ce dernier le voudra.

Il y a dans la promesse trois éléments caractéristiques. Le premier, sur lequel nous n'avons d'ailleurs pas à insister, car il sort du domaine de notre étude, est l'existence, le plus souvent, d'un délai d'option ; délai pendant lequel le bénéficiaire doit la réaliser. Le second est que la promesse de contrat contient un engagement irrévocable de l'une des parties. L'individu qui a consenti à un autre une promesse de vente *doit* la réaliser lorsque l'autre partie lève son option ; si l'objet de la promesse a été aliéné à un tiers, cette aliénation est sans doute valable, mais son auteur s'expose à des dommages-intérêts.

Ce second élément constitue la ligne de démarcation entre l'offre de contrat et la promesse de contrat.

Alors que l'offre de contrat est toujours révocable, la promesse de contrat ne l'est jamais entre les parties. Sans doute existe-t-il certaines difficultés à distinguer l'offre accompagnée de délai, qui ne devient révocable qu'après l'expiration de ce délai, de la promesse de contrat. C'est là un point très délicat qu'il serait intéressant de développer, mais qui s'éloigne de notre sujet. Signalons seulement pour être complet qu'il y a entre l'offre et la promesse deux différences. La première est une différence purement pratique. Elle est relative au délai d'option de la promesse de contrat qui est généralement beaucoup plus long que le délai qui accompagne parfois l'offre.

D'autre part, et c'est la seconde différence, à notre avis essentielle, l'offre de contrat même accompagnée de délai, se manifeste en dehors de tout accord de volontés ; alors que la pro-

messe de contrat, bien qu'elle ne constitue qu'un engagement unilatéral nécessite un accord entre deux parties : l'une d'elles fait une promesse et il est nécessaire que l'autre l'accepte pour que l'avant-contrat soit formé.

Le troisième élément qui caractérise la promesse de contrat est l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat dont elle est l'objet. Ainsi, toute promesse de vente véritable devra nécessairement contenir un accord sur le prix.

Ce troisième élément nous apparaît comme essentiel, car c'est lui qui permet de distinguer la promesse de contrat d'une simple négociation. Pour éclairer la question, raisonnons sur un exemple : un propriétaire de terrain promet à son voisin, pendant un délai de deux ans, de lui vendre son terrain au prix de cinquante francs le mètre carré. Ce voisin accepte ; une véritable promesse de contrat a été faite. Six mois après, le voisin manifeste le désir d'acquérir, la vente est parfaite, le contrat est conclu. Si, au contraire, ce voisin va trouver notre propriétaire en lui déclarant : me promettez-vous de me vendre votre terrain ? et que l'autre réponde affirmativement, sans toutefois se mettre d'accord sur le prix ; il n'y a pas alors de promesse de contrat car il n'y a pas eu d'accord sur les éléments essentiels ; il y a eu une simple négociation préalable à la vente.

Si le voisin, quelque temps après, se décide à acheter, des pourparlers seront entrepris pour déterminer le prix de vente et peut-être que ces pourparlers n'aboutiront pas.

La Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre des Requêtes, en date du 15 décembre 1920 (1) a d'ailleurs fort bien tranché la question. Il s'agissait d'une promesse de société et le montant des apports n'avait pas été déterminé. Elle a décidé

(1) Req. 15 décembre 1920. S. 1922. 1. 97.

qu'une telle promesse était inopérante et que l'une des parties ne pouvait obliger les autres à conclure le contrat.

D'ailleurs, ces promesses ne sont pas sans valeur, et leur auteur ne pourrait se dérober aux pourparlers à entreprendre avec le bénéficiaire si celui-ci en manifestait l'intention. De même on doit décider que l'individu qui aliénerait l'objet qu'il a promis de vendre sans toutefois avoir fixé les conditions essentielles au contrat projeté, aurait en réalité rompu les négociations entreprises et pourrait, sous certaines conditions, être condamné à des dommages-intérêts.

SECTION 4

Les obligations juridiques résultant des pourparlers

20. C'est là la dernière question que nous devons examiner avant d'entrer dans l'examen de la doctrine et de la législation en la matière.

Les négociations préliminaires à la formation des contrats sont parfois une source d'obligations juridiques, dont la principale est celle de la responsabilité qui peut naître à la charge de l'une des parties lorsqu'elles sont rompues. Cette obligation est évidemment primordiale ; nous la laissons cependant de côté pour l'instant car nous lui consacrerons la presque totalité de nos développements à venir.

Mais ce n'est pas la seule. La période précontractuelle est celle au cours de laquelle les parties arrivent pas à pas, par décisions successives, selon l'expression même de M. ROUBIER. La formation du contrat est donc précédée d'un certain nombre d'accords préparatoires. Ces accords ont-ils une valeur indépendante du contrat en vue duquel ils ont été conclus ?

Certains auteurs y ont vu des conventions assorties d'une condition suspensive : la réalisation de l'accord final.

Cette théorie ne semble cependant pas pouvoir être retenue en raison du caractère rétroactif de la condition. En vertu de ce caractère, ces accord préparatoires qui parfois sont constatés par des écrits comme des lettres missives deviendraient indépendants du contrat et auraient une date antérieure à lui ; dans certains cas, cela ne serait pas sans entraîner des difficultés.

En voici une qui pourrait se présenter en pratique. Plusieurs personnes sont en pourparlers en vue de former une société par intérêts. L'une d'elles envoie des lettres aux autres en leur proposant que le siège social de la société en formation sera à Paris, les autres répondent qu'elles acceptent.

Cet accord n'a encore aucune valeur et il est toujours subordonné à la conclusion du contrat. Une fois la société formée, l'un des associés s'aperçoit qu'il a été victime d'une faute constitutive d'un délit commise par un autre associé au cours des pourparlers et après l'accord sur le lieu où le siège social devait être établi. Devant quel Tribunal doit-il en demander réparation ? Si l'on adopte la théorie des auteurs qui considèrent les accords préparatoires comme soumis à une condition suspensive, c'est devant le Tribunal Civil de la Seine qu'il faudra aller plaider. En effet, en vertu de la rétroactivité de la condition, l'accord sur la fixation du siège social produit des effets à compter du jour où la proposition faite par l'un des associés a été acceptée par les autres.

Si au contraire, on considère que cet accord préparatoire est intimement lié au contrat, qu'il n'a aucune valeur tant que ce dernier n'est pas conclu, et par conséquent si ses effets ne se produisent que pour les actes postérieurs à cette conclusion, il faudra alors appliquer les règles du droit commun et aller plai-

der devant le Tribunal du défendeur ou devant le Tribunal du lieu où le délit a été commis (1).

C'est d'ailleurs à cette dernière solution que nous préférons nous rallier ; nous prenons avant tout en considération l'intention des parties et dans le cas qui nous occupe, elles n'ont pas désiré établir une compétence spéciale pour les délits commis par l'une d'elles au cours des négociations.

Nous voyons donc par cet exemple que la théorie considérant les accords préparatoires comme soumis à une condition suspensive peut faire défaut dans certains cas.

Il en est de même si on considère qu'ils sont soumis à la condition résolutoire de la non-réalisation du contrat projeté.

La raison en est la même, c'est toujours l'impossibilité d'appliquer l'effet rétroactif de la condition.

En premier lieu, cette théorie encourt la même objection que la première. Le jour où le contrat projeté est conclu, il devient impossible que la condition se réalise et dès lors, tous les accords préparatoires sont validés rétroactivement au jour où ils ont été conclus ; nous avons vu les inconvénients que cela pouvait présenter. La seconde objection est beaucoup plus grave et la théorie de la condition résolutoire peut se trouver en opposition avec l'intention véritable des parties ; en voici un exemple : au cours des négociations, un accord intervient, donnant compétence à un Tribunal déterminé pour trancher les différends entre les futurs contractants ; l'un d'eux commet une faute envers un autre et le contrat ne se forme pas ; devant quel tribunal la victime doit-elle porter son action en réparation ?

Si nous considérons que l'accord préalable sur la compé-

(1) Cette opinion n'est pas contraire à l'art. 59 du Code de Procédure Civile. Il s'agit, en effet, d'un acte *antérieur* à la société pour lequel aucune règle spéciale de compétence n'existe.

tence est soumis à une condition résolutoire, la non réalisation du contrat entraîne la disparition complète de cet accord et c'est le tribunal du défendeur qui est compétent. Tel serait l'effet de la condition résolutoire, mais nous ne croyons pas devoir nous y rallier, et ici encore, il faut rechercher quelle a été l'intention véritable des parties. Avec M. DEMOGUE, nous pensons que l'accord préalable doit produire son effet, car les parties ont bien entendu soumettre tous les litiges mêmes antérieurs à la conclusion du contrat au Tribunal qu'elles ont choisi (1).

En résumé, nous voyons qu'il ne faut pas être trop obsolu dans la détermination de la nature juridique des accords préparatoires. Nous avons vu que dans certains cas, il y avait lieu de les maintenir ou non suivant l'intention des parties. C'est avant tout une question d'espèce et le juge saisi d'un litige devra se livrer à un travail intuitif pour découvrir ce que les futurs contractants ont entendu décider.

Cette observation nous conduit à examiner une autre question qui est la suivante :

Un accord préparatoire est conclu entre les parties ; il s'agit, par exemple, de la vente d'une boutique et l'acheteur, qui n'a pas d'argent liquide, demande à son vendeur s'il veut accepter des titres de rentes sur l'Etat ; ce dernier accepte la proposition. Quelque temps après, un acte sous seing privé constate la vente, mais cet acte ne contient aucune disposition quant au règlement au moyen de titres de rente. Après la signature de cet acte, l'acheteur propose les titres au vendeur ; ce dernier peut-il les refuser et demander de l'argent liquide en prétextant qu'il n'a pas été question de faire un tel règlement dans l'acte de vente ?

(1) Demogue : *Traité des obligations en général* (Paris 1923) T. 22, N° 553 quater, p. 165 et suiv.

Ici encore, si l'on applique la théorie de la condition, le vendeur ne peut émettre une telle prétention ; l'accord préalable est, en effet, devenu définitif par la formation de la vente. Mais une telle solution est trop absolue et il semble qu'il faille encore rechercher l'intention des parties et voir si, au moment de la vente, elles ont entendu maintenir le mode de paiement qu'elles avaient antérieurement établi.

S'agit-il d'une omission de l'agent d'affaires par l'intermédiaire duquel l'acte a été passé ? Il faut alors sans aucun doute donner raison à l'acheteur. Résulte-t-il, au contraire, des circonstances que les parties ont entendu renoncer à leur accord antérieur ? Il faut alors dire que c'est à bon droit que le vendeur refuse les titres.

C'est donc une question d'espèce ; nous verrons d'ailleurs qu'il en est presque toujours ainsi dans l'étude que nous nous proposons de faire. De savants systèmes ont sans doute été établis et de notre côté, nous essayerons aussi de distinguer quelques règles générales que nous verrons à la fin de notre examen de la responsabilité découlant de la rupture des pourparlers, mais nous verrons aussi qu'il reste toujours certaines situations spéciales où il faut se contenter de trouver la solution en appliquant les principes généraux sur l'équité, la bonne foi et les usages.

Cet effet des accords préparatoires entre les parties ayant ainsi été étudié, il nous faut maintenant voir quels sont les effets des pourparlers à l'égard des tiers. Cette question ne nous retiendra d'ailleurs pas bien longtemps ; elle est résolue par les textes généraux du Code Civil et elle ne présente pas de difficultés.

Les essais, les négociations peuvent parfois causer des dommages à un tiers ; qui doit en supporter la responsabilité ? Voici quelques exemples empruntés à la jurisprudence.

Le premier que nous citerons est relatif aux dommages causés au cours d'essais faits en public ; ici pas de difficulté ; la réparation doit être mise à la charge de celui qui les fait.

Voici un autre cas plus compliqué : une entreprise industrielle entre en pourparlers avec un ingénieur en vue d'une construction dans une certaine région. Aucun contrat de travail n'est encore conclu ; cependant l'ingénieur se rend sur les lieux afin de se renseigner. Au cours de ce travail préparatoire, il cause des dommages à un tiers. Qui doit en supporter la responsabilité ? La question doit se résoudre suivant le droit commun. On ne peut rendre l'entreprise responsable car il n'y a pas encore de rapport de commettant à préposé ; ce sera donc à l'ingénieur à réparer le dommage causé.

La jurisprudence en a d'ailleurs décidé ainsi dans un cas analogue : — il s'agissait d'une personne qui était entrée en pourparlers en vue de l'acquisition d'un cheval. Le jour où elle l'avait essayé, elle avait causé un dommage à un tiers ; la Cour de Cassation, dans un arrêt du 9 mars 1892 (1) a décidé que c'est elle qui devait réparer le préjudice et non le vendeur qui était toujours propriétaire du cheval.

Ces questions ne sauraient d'ailleurs nous retenir plus longtemps ; elles sont régies par les art. 1382 et suivants du C. C. et tous les auteurs sont d'accord pour solutionner en ce sens les problèmes qu'elles peuvent poser.

Plus délicate est la question des risques dans les pourparlers. Il faut ici bien comprendre le problème qui se pose à nous ; aussi alons-nous raisonner sur un exemple :

Une personne voulant acquérir une automobile, par exemple, s'adresse à un marchand ; elle choisit le modèle qui lui plaît mais avant de conclure le marché, elle demande à faire des

(1) Cass. 9 mars 1892. S. 1894. 1. 239.

essais pour voir si cette automobile convient bien à ses besoins. Au cours de ces essais, la voiture automobile vient à être détruite ; qui doit supporter cette perte ?

Il n'y a aucune difficulté si cette perte provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Les risques sont en ce cas à la charge du propriétaire et il serait mal venu à réclamer une indemnité à l'acquéreur éventuel.

Pas davantage de difficulté si la perte de l'objet du contrat est uniquement imputable à l'acquéreur ; l'art. 1382 du Code Civil doit jouer et il devra en conséquence indemniser le propriétaire des dommages qu'il lui a causés au cours des essais.

Cependant, dans certains cas, une telle solution serait beaucoup trop rigoureuse.

Le plus souvent, en effet, la faute de l'acquéreur ne saurait être exclusive et l'on peut presque toujours discerner dans la conduite du vendeur une imprudence permettant de partager la responsabilité en cas de perte de la chose. Le fait de confier l'objet du contrat à un futur cocontractant que l'on connaît à peine et sur l'expérience duquel il y a lieu de douter constitue une faute qui doit avoir pour effet d'exonérer, dans une certaine mesure, la responsabilité de l'autre partie.

Cette exonération pourra même être totale dans certains cas. Le meilleur exemple que l'on puisse en donner est relatif à la vente d'objets de précision, comme les instruments d'optique dont le maniement est délicat.

On ne saurait en ce cas reprocher à l'acquéreur éventuel de les avoir détériorés, alors que, peut-être, il ne les avait jamais maniés. Le vendeur aurait agi prudemment en lui faisant une démonstration, au besoin en lui remettant une notice ; il ne l'a pas fait, il doit supporter la perte.

Ces quelques exemples nous montrent un aspect complexe de l'étude des pourparlers. Une fois de plus, nous sommes en pré-

sence d'un problème dont la solution ne saurait être tirée de l'application trop rigide de règles préalablement établies. Dans chaque cas particulier qui se posera devant lui, le juge devra toujours déterminer quelle serait la ligne de conduite de l'homme normalement diligent et c'est dans la comparaison du cas particulier à cette ligne de conduite qu'il trouvera les éléments pour rendre son jugement.

21. Avant d'aborder l'étude de la doctrine et de la législation en la matière, il nous reste à dire un mot d'un autre problème que pose l'étude de la valeur juridique des pourparlers et qui est le suivant : lorsque plusieurs accords préalables interviennent ainsi avant la formation du contrat, à quelle époque doit-on considérer ce dernier comme formé ?

La question ne présente pas de difficulté lorsque le contrat est mentionné dans un seul et même écrit et ce sera le plus souvent le cas dans les contrats synallagmatiques ; mais il peut se faire qu'il n'en soit pas ainsi et que le contrat proposé ne soit en réalité qu'une succession de contrats préalables. Si l'on est en présence d'un contrat réel, la question se trouve tout de suite résolue, c'est la date de la remise de la chose qui sera celle du contrat. Mais de nos jours, presque tous les contrats étant devenus consensuels le formalisme ne subsistant guère qu'à titre de publicité, la question peut à nouveau se poser.

Le Code Civil ne nous fournit aucun élément pour la résoudre ; les auteurs et la jurisprudence y voient surtout une question d'intention (1).

Le Code Suisse des obligations pose en principe que c'est la date de l'accord sur les éléments essentiels qui doit être considérée comme date du contrat.

(1) Planiol et Ripert, *ouvr. cit.*, T. 6, p. 167 et suiv.

Trib. Civ. du Havre, 24 mai 1926, G.P. 1926. 2 209.

Trib. Civ. de Lyon, 24 juin 1870, S. 1871, 2.70.

Une telle solution paraît en effet des plus raisonnables, car c'est bien au jour où les parties se sont mises d'accord sur de tels éléments qu'elles ont entendu définitivement s'engager. Dans la vente, la date de l'accord sur l'objet et sur le prix doit être celle du contrat ; cette règle est d'ailleurs conforme à l'intention des parties ; c'est bien au jour où l'acquéreur d'un objet en accepte le prix qu'il a entendu donner définitivement son adhésion au contrat projeté.

Des difficultés pourront évidemment surgir sur le point de savoir quels éléments doivent être considérés comme essentiels. Ces difficultés devront toujours être résolues en comparant le cas particulier à la pratique des affaires, aux usages, à l'équité.

Lorsqu'un procès viendra à surgir et que l'une des parties prétendra considérer comme essentiels des éléments qui, aux yeux de l'autre, ne sont que secondaires, le juge ne pourra puiser que dans les circonstances de fait et dans la comparaison aux cas généraux les règles qui doivent lui dicter la solution. Ce travail sera le plus souvent facile car le problème ne peut se poser que pour des contrats très simples ; lorsqu'au contraire, ils revêtent une certaine complexité, les parties le constatent par un écrit et dès lors, plus aucune difficulté ne peut surgir.

22. Nous sommes ainsi arrivés au terme de notre étude sur la position juridique du problème des pourparlers dans la formation des contrats. Nous avons été amenés à montrer qu'ils ne représentent qu'une seule phase de cette formation et qu'il fallait notamment les distinguer des problèmes que peuvent soulever l'offre ou la promesse de contrat.

Nous n'avons pas cru devoir nous attarder plus longtemps sur les effets juridiques que nous avons précédemment examinés ; en ce qui les concerne, les auteurs sont d'accord et s'il subsiste quelques divergences entre eux, c'est uniquement sur des questions de détail. Au surplus, ces effets ne font que bien

rarement l'objet de procès devant nos tribunaux ; nous en avons exposé les motifs.

Parmi ces effets juridiques, il en est un que nous avons passé sous silence : c'est celui de la responsabilité résultant de la rupture des négociations. C'est à la vérité le seul qui mérite une étude approfondie et c'est à lui que nous allons consacrer nos développements à venir.

C'est en ce qui le concerne que les divergences entre les auteurs apparaissent ; c'est au surplus le seul qui puisse faire l'objet de problèmes délicats et s'il y a quelque jurisprudence en la matière que nous examinons, c'est bien à cette rupture des négociations qu'elle s'applique.

23. Avant d'en aborder l'étude, une remarque préliminaire s'impose.

Certains auteurs et notamment JEHRING qui a examiné la question dans son livre sur la Culpa in contrahendo, ont considéré le problème de la responsabilité précontractuelle comme un tout dont les effets se manifestent, non seulement antérieurement à la formation du contrat, mais même postérieurement.

C'est ainsi que lorsqu'un contrat se trouve annulé par le fait de l'une des parties, ils résolvent la question des dommages-intérêts à allouer en se référant à l'existence d'une responsabilité précontractuelle dont les effets se trouveraient ainsi prolongés.

Sans doute, le point de vue de ces auteurs est loin d'être inexact, car si un contrat est annulé, c'est bien à cause de l'existence d'un vice antérieur à sa formation : une manœuvre, une tromperie, une ignorance, l'existence d'une incapacité ; nous avons déjà fait cette remarque en montrant que la lésion se rattachait dans une certaine mesure à notre étude (v. supra n° 5).

Malgré tout, cela ne va pas sans compliquer les questions

que nous aurons à résoudre et lorsque nous examinerons les différentes théories émises sur la matière, nous ne devons pas oublier qu'elles s'appliquent tant à la responsabilité résultant de l'annulation d'un contrat qu'à celle résultant de la rupture de négociations préliminaires.

Cette confusion est d'autant plus fâcheuse qu'il y a lieu de bien distinguer les deux problèmes ; celui que nous voulons aborder tend à dégager des règles générales devant sanctionner certains faits qui se produisent alors que les parties ne sont encore pas liées, alors qu'elles sont encore des tiers au sens strict du mot. Lorsqu'il s'agit de la responsabilité que peut poser l'annulation d'un contrat la situation est tout autre ; les parties ne sont plus des tiers recherchant un terrain d'entente pour conclure une convention ; cette convention existe, mais elle est nulle. Dans le premier cas les faits reprochés sont des faits volontaires ; dans le second cas il n'en est pas toujours ainsi ; la nullité peut très bien ne pas dépendre de la volonté de celui à qui on la reproche notamment si c'est une tierce personne comme le tuteur d'un mineur qui la demande.

D'ailleurs, on ne saurait être trop sévère contre les auteurs qui ont voulu étendre ainsi le champ de la responsabilité pré-contractuelle.

Nous avons montré que les problèmes juridiques soulevés par les négociations préliminaires étaient des problèmes récents qui n'avaient guère préoccupé nos auteurs qu'au début de ce siècle, et dès lors, on comprend fort bien qu'ils l'aient presque passé sous silence pour se consacrer plus longuement à l'étude de la responsabilité découlant de l'annulation des contrats. Mais ce qui est plus fâcheux, c'est que les auteurs les plus contemporains ont, eux aussi, imité les doctrines anciennes et dans les études qu'ils font, quelques pages, parfois même quelques lignes sont seulement consacrées aux pourpar-

lers. Nous nous proposons de n'étudier que le premier aspect de la responsabilité précontractuelle ; nous ferons parfois allusion aux questions que soulève la nullité des conventions, mais ce sera uniquement pour la clarté de l'exposé des doctrines auxquelles nous allons nous consacrer maintenant.

Deuxième Partie

DEUXIEME PARTIE

DOCTRINE ET LEGISLATION

24. C'est seulement à une époque toute récente que les auteurs ont examiné le problème de la responsabilité précontractuelle et il serait vain de vouloir en faire remonter l'étude bien loin dans la doctrine.

Sans doute quelques auteurs français et notamment POTHIER l'avaient entrevu, dès la fin du XVIII^e siècle, mais aucun système véritable n'avait été élaboré (1).

C'est en Droit allemand que les premières études approfondies ont été faites et le plus célèbre de tous les auteurs est sans contestation possible JEHRING qui a élaboré une savante construction juridique sur la culpa in contrahendo.

A côté de ce système, un autre sera également étudié : c'est celui de WINDSCHEID qui consacre le principe du risque contractuel.

(1) V. Pothier : *Traité de la Vente*, n° 32. Nouvelle édition, p. 800. Il prétend que dans une vente, le pollicitant doit indemniser l'autre partie de la dépense et des pertes causées par la proposition.

D'autres théories moins importantes seront, en outre, examinées.

A vrai dire, la doctrine allemande est de beaucoup la plus riche. A notre avis, cette abondance de doctrine se comprend fort bien. Notre Code Civil ne consacre en effet presque rien à l'étude de la déclaration de volonté, si ce n'est quelques principes généraux sur la formation des conventions dont le plus important est l'article 1134. Il en est tout autrement en Droit allemand, non seulement dans le Code Civil qui consacre à la déclaration de volonté plusieurs articles que nous aurons à étudier, mais même dans l'Ancien Droit Prussien. Ce sont les commentaires de ces textes qui ont amené l'élaboration de savantes théories, notamment chez WINDSCHEID, ainsi que nous le verrons.

Ces importantes études faites par les auteurs allemands auraient amené une réaction dans d'autres pays. En Italie, le Conseiller FAGGELLA a construit un système entièrement nouveau que M. SALEILLES a d'ailleurs qualifié dans un article publié dans la Revue trimestrielle de Droit Civil de 1907 « nouvelle étude sur la Matière » (1).

Ce n'est d'ailleurs pas seulement en Droit italien que la réaction allemande s'est manifestée, mais aussi en Droit français, notamment dans les ouvrages de M. SALEILLES. Depuis plusieurs années, les rapports qui peuvent unir la responsabilité et les **contrats** ont été plus approfondis par nos auteurs contemporains, et partant le problème de la responsabilité précontractuelle l'a été également davantage. Les limites respectives de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ont amené ces mêmes auteurs à suivre l'évolution du contrat depuis les négociations préliminaires jusqu'à l'exécu-

(1) Saleilles, *ouvr. cit.*, p. 697 et suiv.

tion et à voir dans quels cas il y avait lieu d'appliquer l'une ou l'autre ; la formation des contrats a donc retenu leur attention et ils ont ainsi émis des théories nouvelles ; cela est particulièrement manifeste dans les critiques adressées à JEHRING ainsi que nous serons amenés à le montrer.

Par ailleurs, nos auteurs contemporains ont aussi étudié davantage les éléments constituant la responsabilité ; la faute et le dommage (PLANIOL, JOSSEMERAND, MAZEAUD, etc...). Ils ont voulu appliquer leur système à toutes les manifestations d'activité de l'individu et notamment à ses relations précontractuelles.

C'est ainsi que depuis une vingtaine d'années, notre doctrine s'est enrichie.

Un tel mouvement ne s'est d'ailleurs pas seulement manifesté en France, mais également dans un pays voisin : la Belgique.

La législation, par contre, est peu abondante ; seul le C. C. allemand nous offre quelques textes intéressants. En France, au contraire, ils ne sont que très rares et leur rattachement fait par certains auteurs au problème qui nous occupe est des plus contesté.

Nous étudierons la doctrine et la législation en trois chapitres :

CHAPITRE I^{er} : Doctrine et Législation allemandes.

CHAPITRE II : Doctrine et Législation italiennes.

CHAPITRE III : Doctrine et Législation françaises et belges.

CHAPITRE PREMIER

DOCTRINE ET LEGISLATION ALLEMANDES

SECTION I

Théorie de Jehring

25. Le grand auteur allemand qu'est JEHRING n'a pas étudié d'une façon spéciale le problème des pourparlers. Comme la plupart des auteurs dont nous étudierons les théories, il considère le problème de la responsabilité précontractuelle comme un tout ; il considère cette responsabilité comme basée sur des principes s'appliquant tant au contrat qui ne s'est jamais formé, qu'au contrat annulé après sa conclusion.

Nous avons d'ailleurs déjà fait cette remarque et nous ne la rappelons que par souci de clarté.

Lorsque deux individus sont entrés en rapport en vue d'aboutir à la conclusion d'un contrat, des dépenses sont engagées par l'une des parties, des démarches sont faites. Le contrat ne se forme pas. La personne qui a ainsi exposé des frais ou bien qui a manqué des occasions intéressantes, va être tentée de réclamer des dommages-intérêts à l'autre. Sur quels tex-

tes va-t-elle fonder son action ? Sur ceux relatifs à la responsabilité délictuelle ? ou bien va-t-elle considérer qu'il y a une faute contractuelle ? JEHRING nous répond que c'est cette responsabilité qui doit être invoquée.

Mais pour parler ainsi de responsabilité contractuelle il est nécessaire qu'une convention existe entre les parties. D'après JEHRING, cette convention existe dès que deux personnes entrent en pourparlers ; il s'agit d'une convention tacite aux termes de laquelle chacune d'elles s'engage envers l'autre à répondre de toute faute commise à raison de la proposition de contrat (cela s'applique aux négociations préliminaires) et aussi à assurer que le contrat qu'il s'agit de conclure présente toutes les conditions de validité requises (cela s'applique au contrat annulé). Aux termes de cette convention, chacune des parties s'engagerait donc à prêter la « *diligentia in contrahendo* » selon la propre expression de l'auteur (1).

Dès lors, si par la suite, l'une des parties demande des dommages-intérêts, en raison de l'échec de pourparlers ou par suite de la nullité du contrat, elle doit nécessairement démontrer l'existence d'une faute commise en raison de cette convention. En d'autres termes, elle est obligée de prouver que les obligations résultant de cette convention n'ont pas été remplies.

Comment démontre-t-elle l'existence de cette faute ? Il lui suffit de prouver que l'obligation résultant de la convention tacite n'a pas été remplie, ou pour reprendre l'expression propre à JEHRING, que l'adversaire au procès n'a pas prêté la « *diligentia in contrahendo* ». L'administration d'une telle preuve sera d'ailleurs fort délicate, car la *diligentia in contra-*

(1) Jehring : *Œuvres choisies*, t. 2, traduction O. de Meulenaere, t. 2, p. 23 et suiv.

André Brun : *Rapport et domaine des Responsabilités contractuelles et délictuelles*. Thèse, Lyon 1911, p. 151, n° 135.

Planioi et Ripert : *Ouvr. cit.*, p. 173, n° 131.

hendo dont parle JEHRING n'est pas une chose immuable ; elle varie avec le contrat proposé : à chaque proposition de contrat s'attache une responsabilité spéciale qui varie suivant la nature de ce contrat. Chaque proposition de contrat exige une règle de conduite spéciale, une diligence qui lui est propre ; c'est cette règle de conduite, cette diligence qui constitue la *diligentia* ni *contrahendo*, dont la violation constitue une responsabilité.

Si donc la convention projetée échoue ou bien si elle est annulée après sa conclusion, la convention tacite résultant de la proposition subsiste, et si la cause de cet échec constitue une faute, un manquement à la « *diligentia* » spéciale qu'exigeait le contrat projeté, une responsabilité *contractuelle* est encourue et le préjudice doit être réparé.

JEHRING a basé sa théorie sur deux textes du Droit Romain relatifs à la vente. Ces textes supposent qu'un objet hors du commerce a été vendu, ils donnent alors à l'acheteur l'action résultant du contrat, l'action « *ex empto* » pour obtenir réparation. JEHRING expliquait alors une telle solution en déclarant que par la proposition de contrat, le pollicitant s'engageait à assurer au contrat projeté toutes les conditions de validité requise ; c'est sur cette opinion qu'il a bâti sa théorie moderne que nous avons précédemment examinée.

Cette *diligentia in contrahendo* n'est d'ailleurs pas une obligation unilatérale.

Ce n'est pas seulement le promettant qui en est tenu, mais aussi le bénéficiaire de la promesse. Ainsi, lorsqu'un contrat de vente échoue, soit qu'il soit annulé, soit que son objet soit impossible, ce n'est pas forcément le vendeur qui est responsable car l'acheteur peut aussi connaître cette cause de nullité ou cette impossibilité ; s'il la méconnaît, il commet une faute, il ne satisfait pas à la diligence spéciale qu'exigeait le contrat

projeté ; il est donc responsable lui-même et il ne peut demander de dommages-intérêts (1).

Pour que la responsabilité existe, il faut donc bien une faute propre au contrat, une « culpa in contrahendo » selon l'expression de l'auteur.

Nous pouvons d'ailleurs éclairer ces notions abstraites par des exemples pris dans la pratique des affaires actuelles.

Voici deux personnes entrant en pourparlers en vue de la vente d'un terrain. La vente échoue en partie parce qu'il se révèle qu'une parcelle de ce terrain est intransmissible parce qu'elle fait partie du domaine public. L'acquéreur peut-il demander des dommages-intérêts ? A notre avis, JEHRING nous répond que non. Sans doute, le vendeur devait faire les vérifications nécessaires ; mais ces vérifications s'imposaient aussi à l'acheteur. Chaque partie a violé l'obligation de diligence qui lui était imposée et aucune d'elles ne peut se plaindre.

Si au contraire, ce contrat échoue pour une cause absolument indépendante de la conduite de l'acheteur, si par exemple, les négociations se trouvent rompues par le fait du vendeur qui préfère traiter avec un tiers, c'est ce dernier qui, en ne s'étant pas soumis aux conditions exigées par la diligentio in contrahendo doit répondre du dommage subi.

Cette théorie élaborée par JEHRING marque en réalité une transaction entre deux solutions extrêmes entre lesquelles les auteurs allemands hésitaient : d'une part, celle de l'ancienne opinion générale aux termes de laquelle seuls le dol ou la faute lourde engageaient la responsabilité du promettant et celle professée par WINDSCHEID (sur laquelle nous reviendrons bientôt) qui voulait faire répondre celui qui prend l'initiative

(1) Jehring, ouvr. cit., p. 40.

d'un contrat de toute rupture, quelle qu'en soit la cause, établissant ainsi à sa charge un véritable risque contractuel (1).

Entre ces deux solutions extrêmes, la responsabilité fondée sur la faute lourde et celle fondée sur le risque contractuel, se place la solution de JEHRING qui a vu dans la violation d'une obligation à laquelle s'étaient engagées les parties en entrant en négociation, la source de la responsabilité en cas de rupture.

26. Lorsque la responsabilité sera ainsi encourue, quel sera d'après JEHRING, le montant des dommages-intérêts ?

L'auteur étudie la question à propos de la nullité des contrats, mais en raison de l'observation que nous avons faite en abordant cette étude, il y a lieu de l'appliquer également au problème qui nous occupe.

Ces dommages-intérêts seront calculés d'après l'intérêt que la victime aurait eu à ne pas s'engager dans le contrat qui ne s'est pas formé ou bien qui est annulé. C'est ce que l'on appelle l'intérêt négatif « negative vertrags interesse ». Ces dommages-intérêts comprendront tout d'abord les « pertes subies », les dépenses engagées, les frais exposés. Ils comprendront aussi le bénéfice que le créancier aurait retiré d'un autre contrat qu'il aurait conclu, s'il n'avait pas été retenu par celui qui lui a été proposé et qui, finalement, ne s'est pas formé.

Cette allocation de dommages-intérêts sur la base de l'intérêt négatif du contrat est toute différente de celle qui serait allouée en cas d'inexécution des obligations découlant de la convention projetée. Cette différence, JEHRING l'explique par l'existence indépendante de la convention tacite qui accompagne l'entrée en pourparlers de celle du contrat. La violation de la diligentia in contrahendo produit, quant à la responsabilité, des effets

(1) Saleilles : *Essai sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil allemand* (3^e éd.), Paris, 1925, p. 170 et suiv.

différents de ceux résultant de la violation des obligations du contrat.

Nous n'insistons pas pour le moment sur cette notion d'intérêt négatif ; nous l'avons seulement signalée pour faciliter les développements qui vont suivre et nous y reviendrons par la suite.

27. Telle est donc la théorie de JEHRING. Examinons maintenant les critiques qui lui ont été adressées ; nous verrons ensuite ce que valent ces critiques.

a) On reproche en premier lieu à l'auteur d'avoir basé sa théorie sur le Droit Romain.

Le droit romain, dit-on, ne connaissait pas de principes généraux de responsabilité analogues à ceux qui existent aujourd'hui dans nos Codes et notamment l'art. 1382.

Ce droit, en accordant à l'acheteur l'action du contrat de vente, l'action *ex empto*, pour lui permettre de réclamer des dommages-intérêts, n'utilisait cette solution que pour remédier à l'absence de dispositions générales relatives à la responsabilité. De nos jours, de telles dispositions existent et dès lors un système basé sur des textes romains qui n'ont pas été reproduits dans notre droit moderne, dans lequel ils n'auraient d'ailleurs aucune raison d'être, ne saurait être retenu.

b) On reproche également à l'auteur d'avoir imaginé l'existence d'une convention tacite accompagnant nécessairement l'entrée en négociations. La critique n'y voit qu'une pure fiction établie par l'auteur pour bâtir sa théorie et sans aucun rapport avec la pratique. Nous verrons ce qu'il y a lieu de penser de cela.

c) L'idée de « *negative verträge interesse* » est, dit-on, des plus critiquables. Elle ne repose absolument sur aucun texte et elle est un produit de pure imagination. Certains auteurs contemporains vont même plus loin et ils y voient un artifice

inventé par JEHRING pour que le contrat manqué (ou annulé) produise des effets différents du contrat véritable.

Un contrat est conclu, l'une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre peut demander des dommages-intérêts correspondant à l'intérêt qu'elle avait à l'exécution et qui ont pu être normalement prévus au moment de la convention. Un contrat est proposé, il échoue, la partie qui se plaint de la rupture demande des dommages-intérêts ; si on lui en accorde, il semble que l'on fasse ainsi produire à un contrat qui n'existe pas ou qui est devenu nul les mêmes effets qu'à un contrat véritable.

C'est pour établir une différence entre les deux que, d'après ces auteurs, JEHRING aurait imaginé la notion d'intérêt négatif, construction mentale, sans base aucune ; nous verrons ce qu'il faut penser de tout cela (1).

d) Les auteurs contemporains reprochent enfin à JEHRING d'avoir voulu donner à la convention tacite sur laquelle repose tout le système, une vie indépendante du contrat.

Lorsqu'un contrat est annulé, ou bien lorsqu'il ne se forme pas, on ne voit pas pourquoi la convention tacite conclue entre les parties au moment de l'entrée en négociations subsisterait. Voici un contrat qui est annulé en raison de l'incapacité de l'une des parties : la convention préliminaire doit avoir le même sort, car si le contrat est entaché d'un tel vice, il doit en être de même de la convention préliminaire. On ne voit pas pourquoi une personne serait incapable de conclure un contrat et capable de s'engager à prêter la « *diligentia in contrahendo* » pour employer l'expression de l'auteur allemand. M. MEIGNIE va même plus loin et il déclare ne pas comprendre

(1) Meignie : *Responsabilité et Contrat. Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*. Thèse, Lille 1924.

comment un contrat anéanti ou qui ne s'est jamais formé pourrait créer un lien de droit. Il semblerait par là que cet auteur se refuse même à dissocier le contrat de la convention tacite, distinction qui a cependant été faite par JEHRING (1). Nous verrons d'ailleurs que ce dernier argument nous apparaîtra sans valeur et qu'il n'est en réalité que le résultat d'une confusion faite sur le système.

Nous avons ainsi brièvement rappelé les critiques que l'on peut adresser à l'auteur, et il nous paraît nécessaire que nous les reprenions l'une après l'autre pour apprécier le véritable mérite de la doctrine que nous étudions.

28. Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'être aussi sévère envers JEHRING et parmi les reproches qui lui sont adressés, nous pensons que seul le rattachement qu'il a fait au Droit romain mérite d'être critiqué.

On ne comprend pas pour quelles raisons il a voulu élaborer une théorie nouvelle en rattachant le problème des pourparlers aux textes romains accordant l'action dérivant du contrat de vente à l'acheteur lésé par suite de l'impossibilité de l'objet du contrat de vente proposé. Cette solution qui n'était qu'une solution de fortune dans une telle législation ne saurait inspirer notre jurisprudence contemporaine qui a à sa disposition des textes généraux comme l'article 1382. De nos jours, les magistrats ne sont plus liés par le formalisme ; ils apprécient souverainement les faits qui leur sont soumis et si la formation d'un contrat révèle à la charge de l'une des parties l'existence d'une attitude condamnable, ils peuvent aisément la réprimer.

Nous irons même plus loin et nous ne pensons pas que JEHRING soit resté en accord avec la base de son système.

En droit romain, l'acheteur qui se plaignait de l'impossi-

(1) Jehring : *Ouvr. cit.*, p. 38.

bilité de réaliser un contrat de vente parce que l'objet était en dehors du commerce, avait à sa disposition l'action « *ex empto* » ; c'était *l'action même du contrat*. Celle que lui donne JEHRING n'est pas la même. Ce n'est pas l'action du contrat, c'est une action uniquement fondée sur la violation des obligations résultant d'une convention tacite indépendante de ce contrat (1).

A ce propos, il faut ouvrir une parenthèse ; nous avons dit que M. MEIGNÉ (2) avait notamment objecté au système de JEHRING, que l'on ne comprenait pas pourquoi un contrat anéanti ou qui ne s'est pas formé pourrait engendrer des liens juridiques entre les parties.

Cette critique se comprendrait si l'auteur s'en était tenu aux solutions du droit romain, s'il avait accordé à la partie qui se plaint d'une rupture ou d'une nullité, l'action du contrat ; mais il n'en est plus de même lorsque cette action est fondée sur une convention indépendante.

Finalement, ce qui est critiquable, c'est ce rattachement à une législation ancienne d'un problème qui peut être résolu par les textes contemporains. Nous avons montré au début de cette étude que la question qui nous occupait était influencée par le temps, les circonstances économiques, et il ne nous paraît pas possible de puiser une solution pratique dans des textes aussi anciens.

Le problème de la responsabilité précontractuelle, quelle que soit la question qu'il soulève, qu'il s'agisse d'une question

(1) Certains auteurs ont cependant prétendu que Jehring donnait l'action du contrat à celui qui reprochait une rupture ou une nullité. V. notamment la thèse de M. Hilsensad. Cependant Jehring, dans son ouvrage, fait bien une distinction entre l'action sanctionnant l'exécution de la convention et celle qui a pour but de réprimer la rupture des pourparlers ou la nullité fautive du contrat. V. Jehring : *Ouvr. cit.*, p. 23 à 40.

(2) V. *supra*, n° 26.

de rupture de pourparlers ou d'une question de nullité, pose pour chacune d'elles un cas d'espèce et la solution ne peut être trouvée que par un examen approfondi des faits ; ainsi que nous verrons par la suite la recherche ne peut être guidée par de tels textes auxquels JEHRING n'a pas lui-même été fidèle dans sa théorie ainsi que nous l'avons montré.

29. On a également reproché à JEHRING d'avoir fondé son système sur l'existence d'une convention tacite accompagnant l'entrée en négociations, aux termes de laquelle chacune des parties s'engageait à prêter la « *diligentia in contrahendo* ». Cette convention n'est, dit-on, qu'une pure fiction, une simple construction commode pour permettre d'établir une théorie.

Une telle critique n'est certes pas absolument fausse. La convention imaginée par l'auteur n'existe pas en réalité et il apparaît inexact de déclarer qu'une rupture de négociations peut constituer une « faute contractuelle », c'est-à-dire une violation d'une obligation résultant d'une convention, une violation de l'obligation de prêter la « *diligentia in contrahendo* » dans le cas qui nous occupe. Les parties entrant en pourparlers n'entendent pas s'engager, elles veulent demeurer indépendantes l'une de l'autre et, dès lors, il apparaît impossible de fonder la responsabilité qu'elles peuvent encourir sur une convention tacite qu'elles n'ont jamais conclue et qui paraît contraire à leur volonté.

Il n'en reste pas moins vrai que l'idée de JEHRING est à retenir. Les auteurs qui lui ont adressé de telles critiques sont ceux qui ont voulu séparer d'une façon trop absolue la faute délictuelle de la faute contractuelle. Le moment n'est pas encore venu de prendre parti sur la différence existant sur les deux catégories de fautes ; mais dès à présent, nous devons rappeler que toutes deux reposent sur la violation d'une obligation préexistante ; c'est tout au moins ce qu'a prétendu

PLANIOL, et quelles que soient les critiques que l'on puisse adresser à cet auteur, il a eu au moins le mérite de nous fournir le criterium le plus commode de la notion de faute.

Si l'on adopte la théorie de PLANIOL, la faute contractuelle sera dans la violation d'une obligation résultant d'un contrat ; la faute délictuelle aura sa source dans le manquement à l'une de ses obligations générales de diligence, de prudence qui nous sont imposées et qui varient suivant les circonstances dans lesquelles on se trouve.

Et maintenant, appliquons cette ébauche rapide de la notion de faute à notre sujet. —

Une personne se plaint de l'échec de pourparlers entrepris en vue de la conclusion d'un contrat. Il faut qu'elle fasse la preuve d'une faute à la charge de son adversaire, c'est-à-dire qu'elle démontre que ce dernier n'a pas rempli les obligations qui lui étaient imposées et pour cela, elle doit avant tout, déterminer quel était le contenu de ces obligations. Ces obligations qui existent entre des personnes entrant en pourparlers ne sont pas les mêmes que celles existant entre des tiers.

Le fait d'entrer en pourparlers impose aux parties des obligations spéciales ; elles ne restent plus « dans la sphère des devoirs généraux humains, un pas de plus est fait, les parties se soumettent à une *diligentia* nouvelle », ainsi que M. ROUBIER l'a dit dans sa thèse (1). Il y a donc ainsi une modification dans les devoirs qui s'imposent aux parties, chacune doit faire face à des obligations nouvelles, et c'est en considération de ces obligations que l'on déterminera, en cas de rupture, s'il y a eu ou non une faute.

C'est cette modification que JEHRING a voulu voir sous la forme d'un contrat. La *diligentia in contrahendo* n'est en réa-

(1) Roubier : *La responsabilité précontractuelle*. Thèse, Lyon, 1911.

lité qu'une différence entre les obligations s'imposant à des tiers et celles auxquelles doivent satisfaire des personnes en négociations.

Peu nous importe le caractère de la faute reprochée puisque, dans tous les cas, il faudra déterminer l'obligation préexistante ; peu nous importe qu'elle ait été tacitement consentie comme le veut JEHRING ou qu'elle nous soit imposée par la loi.

Ce qui est plus grave, c'est que l'auteur n'a pas déterminé le contenu de la *diligentia in contrahendo* ; il ne suffit pas de dire que la faute est contractuelle, qu'elle résulte de la violation d'une obligation, encore faut-il déterminer quelle est cette obligation.

Lorsqu'il s'agit de la nullité, JEHRING nous dit que la partie qui a pris l'initiative du contrat s'est tacitement engagée à lui assurer toutes les conditions de validité requises, mais s'il s'agit, non plus d'un contrat annulé, mais bien d'un contrat manqué, l'auteur ne nous fournit aucune explication ; cela est plus grave et réduit au minimum la contribution que le système peut apporter à la solution que nous cherchons.

30. La troisième critique adressée à JEHRING est relative à la notion d'intérêt négatif ; elle n'est, dit-on, qu'une simple invention pour éviter que le contrat manqué ne produise les mêmes effets que le contrat véritable (1).

Une telle opinion semble bien sévère et nous sommes loin de penser que la notion d'intérêt négatif soit inexacte.

Ce que l'on peut reprocher à l'auteur, c'est d'avoir voulu édicter des règles trop rigides sur l'étendue de la réparation du préjudice subi. Cette réparation est essentiellement variable suivant les cas, et ce que nous devons avant tout considérer, c'est le rapport de cause à effet qui doit exister entre la faute

(1) V. *supra*, n° 27.

et le dommage. Ce qui est essentiel, c'est la notion de dommage direct qui oblige à la réparation de tout préjudice se rattachant à la faute commise. Dans le problème qui nous occupe, et nous reviendrons là-dessus par la suite, il n'y a aucune raison de nous éloigner de cette notion (1). Lorsqu'une rupture de pourparlers constituera une faute à la charge des parties, le dommage éprouvé en rapport direct avec cette faute servira de base pour déterminer le montant de la réparation ; ce dommage comprendra en premier lieu les dépenses faites et aussi les opérations manquées lorsqu'il pourra être démontré que ce sont les négociations en cours qui ont été la cause déterminante de leur non réalisation.

Mais ce dommage direct est bien en ce cas le même que celui dont parle JEHRING et, dès lors, sous l'apparence d'une règle rigide, l'auteur s'est rapproché de la réalité.

Ainsi la notion d'intérêt négatif ne nous apparaît pas plus fausse que celle de la convention tacite.

La véritable erreur réside dans le caractère trop absolu de ces règles. Il n'y a pas de convention véritable, mais seulement une situation particulière créée par l'entrée en négociations que l'on ne peut présenter sous la forme d'un contrat. De même, on ne peut établir un système rigide pour déterminer le dommage. Ce dernier est fonction de la situation respective des parties au moment où il se produit, et dès lors on ne peut l'évaluer qu'en établissant bien le rapport entre la faute et le préjudice. Si la confiance est telle entre les parties qu'elle puisse déterminer l'une d'elles à repousser certaines opérations, il y a lieu d'en tenir compte et, dans ce cas, la théorie de JEHRING conserve toute sa valeur. Mais il peut ne pas en être ainsi ; le préjudice résultant de ces opérations manquées peut être tout à fait in-

(1) V. *supra*, n° 96.

direct ; en ce cas, on ne devra pas en tenir compte et la théorie de JEHRING fera défaut. L'auteur n'ayant pas bien pris en considération ce lien de cause à effet, son système se heurte ainsi parfois à une impossibilité d'application, mais il demeure exact dans certains cas, et les critiques adressées à la notion d'intérêt négatif nous apparaissent excessives.

31. Enfin, on a reproché à JEHRING d'avoir voulu maintenir la convention tacite même lorsque le contrat ne se forme pas ou est frappé de nullité. Raisonnant sur l'hypothèse du contrat annulé en raison de l'incapacité de l'une des parties, les auteurs contemporains déclarent ne pas comprendre pourquoi une personne serait incapable de conclure le contrat véritable alors qu'elle pourrait s'engager par la convention tacite ; l'obligation est évidemment sérieuse et elle vient fortement ébranler le système de la *diligentia in contrahendo* appliqué à la nullité des contrats. Mais si du domaine de la nullité, nous restons à notre étude, à celle des négociations, elle frappe avec beaucoup moins de force. Si l'on doit admettre que la base de la responsabilité est contractuelle, si l'on doit admettre qu'elle résulte de la violation d'une obligation résultant d'une convention, il est indispensable de considérer que cette convention a une vie indépendante du contrat. S'il y a une rupture des pourparlers, si le contrat ne se forme pas, on ne comprend pas pourquoi la convention devrait disparaître, elle est antérieure au contrat, elle doit s'appliquer uniquement à la période pré-contractuelle ; si cette convention doit présenter quelque utilité, c'est bien en cas d'échec des négociations. Le contrat a échoué et l'une des parties a éprouvé un préjudice ; elle doit pouvoir en obtenir réparation s'il y a une faute à reprocher à l'adversaire, l'on ne saurait faire disparaître les conséquences résultant de la situation dans laquelle les parties se trouvaient placées pendant les pourparlers.

En vérité, ce qu'il y a de critiquable, c'est d'avoir voulu voir une convention là où il n'y en a pas.

C'est encore le fait d'avoir voulu traduire en un contrat tacite la modification des relations juridiques des parties entre elles à la suite des tractations entreprises. JEHRING a été amené à élaborer un système donnant une base contractuelle à la responsabilité. Les auteurs qui veulent séparer la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle en déduisent des conséquences telles que l'irresponsabilité des incapables que l'on ne peut pas toujours admettre...

Mais, pour notre part, nous serons peu portés à établir aussi nettement cette distinction.

Nous verrons que dans tous les cas, la faute réside dans la violation d'une obligation préexistante ; que cette obligation résulte d'une convention tacite comme le veut JEHRING, ou qu'elle nous soit imposée par la loi, le travail des juges devra être en premier lieu de déterminer son contenu véritable, et lorsque cela sera fait, la solution du litige sera trouvée.

Finalement, la seule différence qui puisse subsister entre la théorie de JEHRING et celle de notre jurisprudence, qui admet une responsabilité délictuelle, est relative aux incapables. Si l'on admet la notion de convention tacite on est conduit à dire que l'engagement que contracterait un incapable de prêter la *diligentia in contrahendo* ne serait pas valable, l'incapable ne pouvant s'engager sans les autorisations nécessaires ; mais il faut remarquer que, même en ce cas, on doit reconnaître sa responsabilité si cet engagement s'accompagne de manœuvres frauduleuses, de tromperies. Si nous considérons que la base de la responsabilité est délictuelle, comme le veulent la doctrine française et la jurisprudence, nous verrons que nous ne pourrions guère admettre sa responsabilité que lorsque de tels

faits lui sont reprochés (v. infra n° 92). La différence entre les deux conceptions disparaît ainsi.

La théorie de JEHRING aboutit donc à peu près aux mêmes solutions que celle de notre jurisprudence. La seule critique qui subsiste à sa charge est le manque de détermination du contenu de la *diligentia in contrahendo*. C'est évidemment très grave, car l'on ne peut puiser ainsi des solutions pratiques dans la théorie de l'auteur.

JEHRING a maintenu la nécessité d'une faute : la « culpa in contrahendo », mais il ne nous a pas dit quand cette faute existe. Malgré tout, ici encore, nous devons répéter que le problème que nous étudions ne peut s'accommoder de règles trop absolues et c'est seulement s'il était possible de dégager des principes généraux pouvant s'appliquer dans tous les cas qu'il y aurait lieu de le critiquer plus sévèrement.

SECTION 2

Le risque contractuel.

32. A côté de la théorie de JEHRING qui a maintenu la nécessité d'une faute, on a vu également apparaître en Droit allemand une autre théorie soutenue par WINDSCHEID qui est celle du risque contractuel ; en voici le principe.

Lorsqu'une personne prend l'initiative d'un contrat, elle prend à sa charge la responsabilité de tout préjudice causé à l'autre ou même à des tiers lorsque le contrat ne peut se réaliser, quel qu'en soit le motif, même si ce motif est inconnu du pollicitant responsable. Cette responsabilité s'attache donc à la seule initiative du contrat ; il n'est pas nécessaire qu'une faute soit prouvée. L'activité contractuelle faisant courir des

risques à certaines personnes, l'auteur de cette activité doit réparer tout préjudice subi (1).

Nous nous trouvons ainsi en présence d'un système objectif de responsabilité ; il suffit que le dommage existe et du même coup le pollicitant devient responsable.

Cette théorie du risque se trouve cependant tempérée s'il peut être démontré l'existence d'une faute à la charge de la victime.

Pour le comprendre, il faut considérer dans quelles conditions cette théorie a été élaborée.

Comme celle de JEHRING, elle a été émise à propos de l'annulation d'un contrat de vente. D'après cette théorie, le vendeur doit dans tous les cas indemniser l'acheteur ; si par exemple, le contrat est annulé pour cause d'erreur, il doit une indemnité. Mais cette responsabilité, il peut aussi la rejeter en démontrant l'existence d'une faute à la charge de l'acheteur. Si par exemple, le contrat ne se forme pas par suite de l'impossibilité de l'objet, il pourra prouver que l'acheteur connaissait cette impossibilité et que malgré cela, il a consenti aux négociations ; il démontrera ainsi qu'il a commis une faute et il pourra à juste titre prétendre que cet acheteur ne peut rien réclamer ou tout au moins ne pas réclamer l'intégralité du préjudice. Les partisans du risque contractuel vont même plus loin et ils déclarent que le vendeur peut rejeter la responsabilité en démontrant le seul fait d'une négligence ou d'un manque de diligence chez l'acheteur.

En ce qui concerne la nullité des contrats, il nous semble que nous sommes revenus à la théorie de JEHRING sur la dili-

(1) Meigüé : Ouvr. cit., p. 129 et suiv.

Saleilles : Ouvr. cit., p. 168 et suiv.

Windscheid : Wille und Willenserklärung. « Archiv für die civilistischen Praxis », t. 63, N. F. XIII, 1880, p. 72 et suiv.

gentia in contrahendo puisque l'existence d'un manque de diligence chez l'acheteur peut lui faire supporter la responsabilité. Il reste cependant une différence essentielle qui est relative à la charge de la preuve.

Dans le système de JEHRING, c'est à la victime de faire la preuve d'une faute, d'un manquement aux obligations imposées par la *diligentia in contrahendo* ; au contraire, dans le système du risque contractuel, aucune preuve n'est à faire ; il suffit d'établir le préjudice subi, l'adversaire est alors déclaré responsable. Il ne peut se décharger de cette responsabilité qu'en prouvant soit le manque de diligence du demandeur, soit la connaissance que ce dernier devait avoir de l'impossibilité du contrat. Cela est évidemment important, car il s'agit d'une preuve difficile à administrer et l'issue du procès varie le plus souvent avec la partie qui a la charge de la preuve.

La chose apparaît plus clairement si nous abandonnons l'hypothèse de la nullité des contrats que nous avons été amenés à aborder pour expliquer notre théorie, et si nous revenons à notre étude qui doit concerner uniquement les pourparlers.

Laissons de côté le cas où le contrat échoue en raison de l'impossibilité de l'objet et prenons un exemple plus pratique.

Un individu veut faire construire un immeuble ; il s'adresse à un entrepreneur, des frais sont exposés ; puis le contrat échoue parce que le pollicitant préfère traiter avec un tiers. L'entrepreneur réclame des dommages-intérêts. Si l'on applique la théorie de JEHRING, il doit démontrer que le pollicitant n'a pas rempli les obligations de prudence, de diligence, en d'autres termes qu'il a commis une « *culpa in contrahendo* ». Il doit démontrer que la rupture dont il se plaint constitue, eu égard à la situation respective des parties une faute, un manquement à ces obligations spéciales auxquelles il s'était tacitement engagé en émettant son offre. C'est une preuve difficile à

faire, ces obligations étant des plus variables, le contenu de la *diligentia in contrahendo* étant imprécis.

Si maintenant nous appliquons au même cas la théorie du risque contractuel de WINDSCHEID, la situation sera tout autre. L'entrepreneur n'aura qu'à prouver l'existence d'un préjudice et de l'offre et du même coup, il obtiendra une réparation. Il est à peu près sûr de gagner son procès à moins que l'on ne prouve une négligence ou un manque de diligence à sa charge.

33. La théorie de WINDSCHEID a inspiré les rédacteurs du C. C. allemand et elle se trouve reproduite dans l'art. 122 ; nous étudierons ce texte par la suite.

On lui a généralement reproché d'être une théorie trop simple, ne donnant à la responsabilité aucune base sérieuse, en excluant toute convention ou toute faute. En d'autres termes, ce que l'on critique, c'est la notion de risque elle-même.

En étudiant cette théorie, on ne peut s'empêcher de faire un parallèle avec la jurisprudence admise depuis 1930 sur la responsabilité du fait des choses animées qui se fonde uniquement sur le risque.

Le fait d'accorder une réparation en vertu d'un risque a choqué nos auteurs jusqu'à une époque récente ; de nos jours, il n'en est plus de même, mais nous ne pensons pas que l'on doive faire pénétrer cette notion nouvelle dans le domaine de la formation des contrats.

L'admission du risque comme base de la responsabilité du fait des choses a été inspirée par des considérations pratiques, pour améliorer la position des victimes qui se trouvaient souvent dans l'impossibilité de prouver la faute de l'auteur de l'accident. Ici, ce sont des considérations économiques qui doivent nous la faire rejeter.

Admettre la théorie du risque contractuel dans les contrats, ce serait porter un coup mortel aux transactions commerciales,

car beaucoup de personnes hésiteraient avant de prendre l'initiative d'un contrat, sachant qu'elles devront réparer les dommages subis en cas d'échec. On se heurterait même à une impossibilité pratique d'application dans un pays de libre concurrence. Sur tous ces points, tout le monde est d'accord et nous ne saurions nous y attarder plus longtemps.

SECTION 3

Autres théories allemandes :

Le mandat et la gestion d'affaires dans les pourparlers (1)

L'Engagement unilatéral (2)

34. Cette théorie, comme les précédentes, a son origine dans le Droit allemand ; elle a été étudiée par deux auteurs, SCHEURL et MORRMSEN ; en voici la teneur.

D'après cette théorie, celui qui émet une proposition de contrat donne mandat au destinataire de cette proposition de faire tous les actes nécessaires pour aboutir à la conclusion du contrat projeté. Si ce contrat n'aboutit pas, il y a lieu de rembourser au mandataire les dépenses qu'il a faites conformément aux dispositions reproduites aujourd'hui dans notre Code civil aux articles 1999 et suivants.

Voici par exemple une personne qui entre en pourparlers avec un entrepreneur pour faire un travail déterminé ; elle lui demande d'établir des plans, des devis ; au bout de quelque temps, elle se refuse de lui faire accomplir le travail ; cet entrepreneur pourra, aux termes de cette théorie, deman-

(1) Hilsenrad : *Des obligations qui prennent naissance au cours de la formation d'un contrat*. Thèse, Paris 1932, p. 77 et suiv.

(2) Scheurl : *Vertragsabschluss inter abwesenden*. (Jahrbuch für dogmatik 2. 1858, p. 248 et suiv.).

der des dommages-intérêts en se basant sur l'action lui permettant d'obtenir le remboursement des dépenses qui sont dues au mandataire en cas de révocation du mandat.

Il y a là une idée ingénieuse qui a même été prise en considération par notre législateur dans un cas spécial : celui des architectes. Lorsqu'un individu se met en rapport avec un architecte en vue de la construction de bâtiments, l'architecte a droit à des honoraires, même s'il n'est pas donné suite à la construction. Le montant de ces honoraires est librement apprécié par les juges (1). Cependant, le pollicitant ne s'est pas engagé ; en demandant à un architecte d'établir des devis, il veut seulement se renseigner pour savoir s'il doit donner suite à sa proposition. Malgré tout, le législateur, prenant en considération cette situation spéciale en raison du chiffre élevé des dépenses engagées, l'oblige à verser des honoraires qui ne peuvent se justifier que par le mandat donné par le pollicitant à l'architecte de faire les études nécessaires.

Malgré tout, cet exemple est isolé et bien que cette théorie soit commode, elle n'est pas à l'abri de toute critique.

On a généralement objecté que le mandat supposait un accord de volontés, une intention de donner mandat, et cet accord de volontés n'existerait pas lorsque des personnes entrent en pourparlers.

Ce reproche ne nous paraît pas fondé ; lorsque deux personnes entreprennent des négociations, il y a bien entre elles un accord qui est l'acquiescement de chacune d'elles au travail précontractuel, aux tractations. Sans doute cet accord est-il tacite, mais cela n'a rien de contraire à l'idée de mandat. La

(1) Cass. 20 avril 1888. G. Tribunaux 20 avril 1888. Cass. 27 mars 1876. G. Tribunaux 27 mars 1876.

Minvielle : *La profession d'architecte*. Thèse, Paris 1921. Hilsenrad., ouvr. cit., p. 77.

volonté du mandant n'a pas besoin d'être expresse ; elle peut résulter d'une façon certaine des conditions dans lesquelles le mandataire agit ; il y a d'ailleurs dans la vie courante de nombreux exemples de mandat tacite (mandat tacite de la femme mariée, mandat tacite du clerc d'officier ministériel chargé de recevoir des paiements et d'en donner quittance).

35. Bien que l'objection tirée de l'absence de convention entre les parties ne soit pas fondée, il nous paraît impossible d'admettre la théorie du mandat. En voici les raisons.

La première est relative au cas où une personne entre en pourparlers avec plusieurs autres. Il se forme alors plusieurs contrats de mandat. Lorsque les négociations aboutissent avec l'une d'elles, elles échouent forcément avec les autres. Il faudrait alors rembourser à ces dernières les dépenses qu'elles ont faites, les frais qu'elles ont exposés ; cela ne se peut pas car ce serait en contradiction avec les conditions économiques actuelles. Voici, par exemple, un commerçant qui s'adresse à plusieurs agences pour vendre son fonds de commerce ; il entre en pourparlers avec différents acquéreurs éventuels, il traite avec l'un d'eux ; il est bien difficile de soutenir que les autres puissent venir lui réclamer le montant de leurs débours.

Outre cette critique, il faut enfin remarquer que le mandat est un contrat tout à fait différent de celui qui peut exister entre des personnes entrant en négociations.

Dans un contrat de mandat, les parties tendent au même but, leurs intérêts ne sont pas opposés. Il en est tout autrement dans le cas qui nous occupe, l'intérêt des parties est opposé ; dans un contrat de vente, par exemple, le vendeur cherche à toucher une certaine somme d'argent, tandis que l'acheteur cherche à acquérir la propriété de l'objet.

Au contraire, lorsqu'un individu donne mandat à un autre de faire le nécessaire pour parvenir à la vente d'un bien qui

lui appartient, le mandataire poursuit le même but que son mandant ; leurs intérêts respectifs convergent vers un même point : la réalisation de la vente, le salaire que doit toucher le mandataire n'étant qu'un accessoire.

36. L'existence des obligations s'imposant aux personnes en pourparlers par l'idée de mandat ayant échoué, on a songé à déceler l'existence entre les parties d'un quasi-contrat : la gestion d'affaires (1).

D'après cette théorie, le destinataire de l'offre d'entrer en pourparlers gèrerait l'affaire de celui qui l'a émise. Une telle théorie se heurte tout de suite à une critique : la gestion d'affaires suppose que le maître ignore la gestion, tandis que les négociations supposent un accord sur le travail précontractuel. Cette critique disparaît sans doute lorsque cet accord n'existe pas comme en cas d'offre au public ; mais même en ce cas on peut soutenir qu'il y a un accord tacite ; d'ailleurs même si cet accord n'existait pas, l'on se heurterait aux objections que nous avons formulées à propos du mandat, à savoir que dans la gestion d'affaires le but poursuivi par les parties est le même, alors que dans les pourparlers leurs intérêts sont divergents (2).

37. Avant de quitter l'étude des doctrines allemandes, il nous reste à dire quelques mots de celle dite de l'engagement unilatéral. Elle est en réalité commune à de nombreux pays, mais nous croyons devoir l'étudier dès maintenant car son origine est germanique.

(1) V. Thon : *Die Haftpflicht des offerenten bei Wiedem seiner offer- te* dans *Archiv für die Zivilistische Praxis*, t. 80, 1893, p. 93 à 98.

(2) V. Hilsenrad : *Ouvr. cit.* Cet auteur fait à juste titre remarquer qu'en vertu de l'action negotiorum gestio contraria, les dommages-intérêts à accorder au gérant sont limités à l'intérêt commun. Mais quel est le montant de l'intérêt commun dans les pourparlers ? C'est là une notion bien vague qui vient ruiner en grande partie la théorie de la gestion d'affaires.

Un jurisconsulte autrichien, SIEGEL, qui en est l'auteur, a prétendu que celui qui fait une proposition de contrat s'engage tacitement à conclure un contrat valable. Il y aurait donc par le fait même de l'offre un engagement unilatéral de mener à bien les négociations afin que le contrat projeté ne soit entaché d'aucun vice (1).

Le seul énoncé de ce principe montre bien que cet auteur a eu principalement en vue le problème de responsabilité que pouvait poser la nullité des contrats ; mais de là à dire que c'est l'engagement unilatéral, accompagnant l'émission de l'offre, qui devait servir de base à la responsabilité encourue au cours de la période précontractuelle, il n'y avait qu'un pas, vite franchi par les auteurs et notamment par les auteurs français qui ont étudié le problème de l'émission de l'offre.

Notre doctrine nationale s'est divisée en deux clans. Pour certains auteurs, MM. COLIN et CAPITANT (2), LACOUR et BOUTERON (3), l'engagement unilatéral serait dans notre droit français, une source d'obligations. C'est ainsi qu'ils expliquent la promesse de récompense.

Il y a, à l'opposé de cette doctrine, une tendance qui se manifeste principalement chez PLANIOL qui considère que l'engagement unilatéral ne saurait créer d'obligations. Les partisans de sa théorie font remarquer qu'il est nécessaire, pour que des obligations existent, que deux volontés se rencontrent.

Entre ces deux doctrines qui sont beaucoup plus philosophiques que pratiques, nous devons choisir en posant le problème sur un autre terrain : celui de l'utilité sociale.

(1) Siegel : *Das Versprechen als Verpflichtungsgum.*

(2) Colin et Capitant : *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, t. 2, p. 271 et suiv.

(3) Lacour et Bouteron : *Précis de Droit Commercial*, 3^e édit., Paris, 1924, Dalloz, edit., tome I, N° 743.

Il importe peu de savoir si la volonté d'un individu peut être une source d'obligations en dehors de la rencontre d'une autre volonté. Ce qu'il faut avant tout déterminer c'est ce qu'exigent les relations entre individus.

Dans le cas de la promesse de récompense, il apparaît nécessaire que l'auteur de cette promesse la maintienne, car c'est en considération de son émission que certains individus peuvent faire des démarches, des recherches, engager des dépenses. Si cette promesse pouvait être rétractée sans mot dire, ils ne pourraient obtenir la récompense promise et ce serait contraire à l'équité. Le droit allemand l'a d'ailleurs fort bien aperçu en décidant qu'une promesse de récompense ne pouvait être rétractée que par les mêmes moyens qui avaient servi à son émission.

Si nous revenons maintenant à la matière des pourparlers, ce sont aussi des considérations d'utilité sociale qui nous conduisent à rejeter, en ce qui les concerne, la doctrine de l'engagement unilatéral.

Les pourparlers ont lieu sous l'égide de la liberté et l'on ne peut admettre que la seule proposition de contrat puisse engendrer des obligations. Ce serait absolument contraire à la bonne marche des affaires.

D'ailleurs, même si l'on admettait que la seule proposition de contrat puisse engendrer des obligations, quelles seraient ces obligations ? SIEGEL ne nous le dit pas et les auteurs français non plus. On nous dit bien que l'auteur de la proposition s'engagerait à respecter la bonne foi, l'équité, les usages. Mais cela demeure imprécis et la doctrine de l'engagement unilatéral, outre qu'elle est socialement inutile ne nous fait pas avancer d'un pas dans nos recherches.

Nous avons maintenant terminé l'étude des principales doctrines allemandes sur la formation des contrats. Nous ne les

avons pas seulement considérées du point de vue théorique et aux critiques généralement formulées par les auteurs, nous avons été amenés à en ajouter d'autres, inspirées de considérations pratiques. Au contraire, ces mêmes considérations nous ont obligés à rejeter certaines de ces critiques qui ne nous apparaissaient pas fondées.

Ces théories ont influencé la législation moderne du Code Civil allemand, comme l'ancienne législation a dû elle aussi influencer les auteurs qui les ont élaborées.

C'est en raison de cette pénétration réciproque de la doctrine dans la législation que nous allons maintenant étudier cette dernière. Cette étude ne sera d'ailleurs pas très longue et nous la ferons surtout pour être complet ; nous n'aurons pas de critique à y apporter car elle ne semble pas avoir eu beaucoup d'influence sur notre jurisprudence et sur notre Code civil dont les dispositions relatives à la formation des contrats sont des plus rares ainsi que nous le verrons par la suite.

SECTION 4

La législation allemande (1)

38. Il y a dans l'ancien droit allemand, une disposition de l'*Allgemeines Landrecht* à laquelle il y a lieu de s'arrêter quelques instants et qui est la suivante : « Les dispositions qui ont pour but de régler la responsabilité des parties en matière d'exécution s'appliquent également à la responsabilité qui peut incomber aux parties du chef même de la formation des contrats » (2).

Cet ancien texte prussien semble donc poser une règle géné-

(1) Saleilles : *Ouvr. cit.*, p. 168 et suiv.

(2) *Allgemeines Land Recht* I, 5, § 284.

rale de responsabilité qui s'appliquerait tout aussi bien à la formation du contrat qu'à son exécution.

Nous avons précédemment étudié la théorie de JEHRING et à l'appui de son système de la *diligenta in contrahendo*, l'auteur a invoqué ce texte. Il a prétendu que le Code Prussien avait, par cette disposition, reconnu que lorsque des personnes entrent en négociations, elles se soumettent à des obligations nouvelles, à une *diligentia* spéciale qui leur est imposée parce qu'elles ne sont plus des tiers et qu'il existe entre elles un rapport d'obligation particulier.

M. ROUBIER va même plus loin et dans sa thèse, il paraît prétendre que JEHRING a invoqué ce texte pour rattacher la responsabilité pouvant résulter de la formation du contrat au contrat lui-même (1).

Il en tire un argument de logique en déclarant que l'effet ne peut précéder la cause et il fait remarquer que si les parties sont, par l'entrée en pourparlers, sorties des relations extra-contractuelles, cela « n'autorise pas à rattacher à un contrat qui n'est pas encore conclu des fautes qui se sont déjà produites ».

C'est là la principale critique adressée à la théorie de JEHRING par M. ROUBIER. Cette critique est-elle fondée ? Le Code Prussien a-t-il par ce texte, voulu rattacher au contrat la responsabilité que peuvent encourir les parties au cours de sa formation ? Nous ne le pensons pas. Quelle serait en effet l'utilité d'un tel texte ? Elle serait nulle dans le cas qui nous occupe car lorsque la responsabilité est encourue, c'est précisément lorsque les pourparlers échouent, et cette responsabilité ne pouvant être basée sur un contrat qui ne s'est pas formé ne pourrait être mise en jeu. Il en serait de même pour la respon-

(1) Roubier : Ouvr. cit., p. 57 et suiv.

sabilité qui pourrait être encourue en cas d'annulation du contrat, car on ne pourrait davantage la fonder sur un contrat nul.

Ce texte est donc nécessairement indépendant de la formation du contrat et nous nous rallions à l'opinion de M. SALEILLES qui y voit l'existence d'une disposition générale. Les parties, en contractant, ne s'engagent que pour l'avenir, dit cet auteur, et il paraît nécessaire d'admettre avec lui que le Code Prussien a reconnu que lorsque des personnes entrent en négociations, elles doivent observer l'une envers l'autre la même prudence, la même diligence, le même respect de leurs intérêts respectifs qu'après la conclusion du contrat, lorsqu'il s'agit de son exécution. En d'autres termes, le Code Prussien a imposé aux parties tant dans la formation du contrat que dans son exécution, des obligations spéciales qui n'existent pas entre des tiers. C'est cette transformation ainsi imposée aux parties qui a été traduite par JEHRING, sous la forme d'une convention tacite, aux termes de laquelle les parties s'engageaient réciproquement à satisfaire à ces obligations nouvelles ; le rattachement fait par l'auteur au texte prussien ne nous semble donc pas inexact et la critique de M. ROUBIER n'apparaît pas fondée.

39. Lorsque le projet de Code Civil allemand fut élaboré, les théories que nous avons précédemment étudiées avaient fait leur apparition et l'on se trouvait en présence de trois systèmes (1).

Le premier consistait à rejeter toute responsabilité ou tout au moins ne l'admettre qu'en cas de faute lourde. Le second, c'était d'adopter le système de JEHRING, c'est-à-dire n'admettre la responsabilité qu'au cas d'une culpa in contrahendo. Le

(1) Saleilles : *Ouvr. cit.*, p. 170, N° 159.

troisième, plus absolu, était celui du risque contractuel de WINDSCHEID. L'avant-projet n'a admis ni l'un, ni l'autre ; il s'est présenté avec ses règles propres que nous devons étudier maintenant.

Pour que la responsabilité soit mise en jeu, l'avant-projet exige *une faute* ; cette faute sera une faute légère, une imprudence, une négligence (art. 345 de l'avant-projet).

L'existence de cette faute se prouvera en comparant la conduite de celui à qui on l'impute à celle d'un bon administrateur. En d'autres termes, il faudra que le juge détermine quelle aurait été la conduite d'un homme normalement prudent, normalement diligent dans le cas particulier qui lui est soumis, et c'est de cette comparaison qu'il tirera la solution à adopter.

On peut d'ailleurs remarquer que dans l'avant-projet, cette responsabilité s'applique tout aussi bien à la formation du contrat qu'à son exécution. Si le contrat est annulé, c'est donc en observant les mêmes règles, en comparant la conduite des parties au type abstrait du bon administrateur que l'on déterminera si une responsabilité est encourue.

Voilà donc brièvement résumés les principes généraux qui sont posés par le projet, mais pour bien comprendre quelle a été la pensée du législateur, il nous faut approfondir l'une de ses dispositions, l'art. 97 (3°) aux termes duquel « la responsabilité qui nous occupe ne se mesure pas à celle du contrat lui-même, dans le cas où des clauses du contrat l'auraient rendue plus ou moins étroite ».

Pour comprendre cette disposition, il faut supposer que les pourparlers ont abouti. Malgré cela, la responsabilité encourue par les parties au cours de la formation subsiste et elle pourra être mise en jeu par la suite si le contrat vient à être annulé. Il faut aussi supposer que dans la convention, les contractants ont déclaré restreindre les effets de cette responsabilité. Cela

est valable, car une telle disposition a été acceptée en pleine connaissance de cause. Au contraire, lorsque les parties en sont encore à la phase des négociations préliminaires, une telle restriction n'est pas possible ; la partie qui prend l'initiative des pourparlers ne peut pas limiter à elle seule la responsabilité qu'elle peut encourir de ce chef ; cette limitation l'autre partie ne la connaît pas et comme telle, elle nous paraît impossible. Ce que l'art. 97 (3°) a donc voulu dire, c'est que les parties peuvent bien, d'un commun accord, limiter pour l'avenir la responsabilité qui peut peser sur elles pour des faits qui se sont produits pendant la période précontractuelle, mais qu'en aucun cas, cette limitation ne peut résulter de la volonté de l'une seule.

Nous pensons donc que le projet *impose* à toute personne qui propose un contrat, de répondre de toutes les offres imprudentes qu'elle peut faire, de tout dommage qu'elle peut causer à autrui à raison de la proposition qu'elle a faite.

Toute proposition de contrat est donc accompagnée de règles de conduite spéciales qui nous sont imposées dans un but de justice, d'équité.

C'est à cette conclusion qu'aboutit M. SALEILLES (1) cependant avec une différence.

Cet auteur voit dans les dispositions du projet de Code Civil allemand un effet de l'engagement unilatéral du pollicitant. Il écrit notamment :

« Quiconque entre en rapport d'affaires avec quelqu'un est censé s'engager, avant même toute acceptation de l'autre partie à ne commettre aucune faute légère à son endroit ». Il semble donc dire que la responsabilité aurait sa base dans la vio-

(1) Saleilles, *ouvr. cit.*, p. 168 et suiv.

lation d'une obligation à laquelle s'oblige toute personne prenant l'initiative de négociations. Cette opinion semble résulter du souci de l'auteur de voir dans la volonté des parties l'unique source de responsabilité ; mais nous ne croyons pas que le projet de Code Civil allemand ait voulu le faire. Il a simplement pris en considération la situation spéciale créée par l'entrée en négociations ; cette situation nous impose des obligations et si nous ne les exécutons pas, nous sommes responsables. Le projet semble attacher moins d'importance à la volonté que ne le fait le Code Civil allemand ainsi que nous le verrons par la suite ; il est avant tout préoccupé par des questions de justice et d'équité et par là, se rapproche davantage de nos conceptions modernes sur la matière.

Il marque un progrès sensible sur les conceptions de JEHRING en posant une règle générale de responsabilité au lieu d'avoir recours à la fiction de la *diligentia in contrahendo*. Malgré tout, nous ne pensons pas que ces règles nouvelles aient pu avoir une grande utilité pratique ; il ne suffit pas de dire que la responsabilité du pollicitant a sa source dans le fait de ne pas se conduire d'après le type abstrait d'un bon administrateur ; il faudrait savoir ce que l'on entend par là, et c'est seulement lorsque seront précisées ces règles de conduite que le problème pourra être résolu.

A cet égard, le projet ne nous donne aucune précision ; il laisse aux juges un pouvoir souverain d'appréciation ; ils doivent faire appel aux usages, à l'équité pour résoudre le problème qui leur est soumis ; c'est une bien grande liberté pour la législation allemande ; aussi les dispositions du projet ne verront jamais le jour et dans le Code le législateur va revenir à des prescriptions beaucoup plus absolues que nous allons étudier maintenant.

Le Code Civil Allemand

40. Il y a dans le Code Civil allemand deux textes essentiels : l'art. 118 et l'art. 122.

Art. 118. — « Une déclaration de volonté ne correspondant à aucune intention sérieuse de contracter est nulle ».

Art. 122. — « Si une déclaration de volonté est nulle aux termes de l'art. 118 (ou qu'elle soit attaquée par voie d'annulation sur le fondement des articles 119 et 120), l'auteur de la déclaration a, lorsque la déclaration devait être émise envers un autre, à indemniser ce dernier ou dans le cas contraire un tiers quelconque pour le dommage que cet autre ou que le tiers éprouve pour avoir cru à la validité de cette déclaration, sans cependant que le montant de l'indemnité puisse dépasser la mesure de l'intérêt que l'autre ou le tiers avait à l'efficacité de cette déclaration.

Ce dommage n'existe plus lorsque la victime du dommage se trouvait connaître la cause de nullité ou d'annulabilité ou par suite de négligence ne pas l'avoir connue ».

Ces deux textes se rattachent directement à notre étude. L'art. 118 parle, en effet, d'une déclaration de volonté ne correspondant à aucune intention sérieuse ; cela doit au premier chef viser une proposition d'entrer en négociations. Le simple fait de proposer des pourparlers n'engage en rien ; cependant si l'auteur de cette proposition vient à les rompre, c'est qu'il n'avait pas une intention sérieuse de contracter. L'art. 122 met à sa charge l'obligation de réparer le préjudice subi, soit par le destinataire, soit par un tiers. Ce dernier article déclare également que cette obligation de réparer cesse dans le cas où le destinataire a connu le manque de sérieux de la proposition ; elle cesse également s'il l'a méconnue par suite d'une négligence ou d'une imprudence de sa part.

Ce que nous remarquons en premier lieu, c'est qu'à la différence du Code Prussien et du projet, on fait ici une abstraction complète de la notion de faute.

Le destinataire qui a subi un dommage du fait de la rupture a seulement à démontrer l'existence de la proposition. Le pollicitant ne pourra se décharger de la responsabilité qu'en prouvant que le destinataire connaissait la possibilité de rupture ou qu'il l'a méconnue par une négligence ou une imprudence.

Voici donc consacrée dans le Code Civil allemand la doctrine du risque contractuel telle qu'elle a été élaborée par WINDSCHEID (1).

Pour quelle raison le C. C. allemand a-t-il adopté le principe objectif du risque contractuel ? C'est uniquement pour des raisons pratiques, pour éviter que celui qui reçoit une proposition dont il ne peut scruter le sérieux ne soit exposé à un dommage de fait de cette proposition.

Cette raison se tire d'une autre disposition du même Code, l'art. 307, aux termes duquel « Celui qui, lors de la conclusion d'un contrat, ayant en vue une prestation impossible connaît ou doit nécessairement connaître l'impossibilité de la prestation est obligé à la réparation du dommage que l'autre partie éprouve pour avoir cru à la validité du contrat. Le devoir de réparation n'a pas lieu si l'autre partie connaît ou doit nécessairement connaître l'impossibilité ».

D'après les commentateurs, le Code Civil allemand serait revenu, par cette disposition, à la notion de faute. Lorsqu'on est en présence, non plus de la simple proposition de contrat, mais du contrat lui-même, il est parfaitement possible à chaque partie d'en reconnaître l'impossibilité et dès lors, ils en ont conclu

(1) Meignié : *ouvr. cit.*, p. 129.

Windscheid : *Wille und Willenserklärung*. « *Archiv für die Zivilistischen Praxis* », t. 63, N.F. XIII, 1880, p. 72 et suiv.

qu'elles ne pouvaient obtenir de dommages-intérêts par la suite qu'en démontrant l'existence d'une faute à la charge de son antagoniste. Cette opinion nous paraît exacte et si l'art. 122 a instauré le système en risque contractuel, c'est bien dans un but pratique.

Quant aux dommages-intérêts qui sont dus aux termes de l'art. 122, on revient à la théorie de JEHRING ; ils comprendront le remboursement des dépenses et aussi les occasions manquées ; en d'autres termes on les déterminera d'après l'intérêt négatif.

En aucun cas, le montant de l'indemnité ne pourra dépasser la mesure de l'intérêt que celui qui les demande avait à l'efficacité de la convention.

Cette disposition marque bien la volonté du législateur d'éviter à tout prix que le contrat manqué puisse produire les mêmes effets que le contrat lui-même.

Nous avons d'ailleurs étudié précédemment cette question ; rappelons seulement que si on lui a reproché d'être un artifice, elle correspond assez souvent à la réalité.

41. Nous n'avons pas à critiquer le Code Civil allemand ; il suffit de se reporter à ce que nous avons dit précédemment à propos de la théorie de WINDSCHEID ; mais avant d'aborder la doctrine italienne, nous voudrions jeter une vue d'ensemble sur les auteurs et le droit allemand.

Nous avons réfuté les théories trop absolues, celle du mandat, celle du risque, de même nous ne pensons pas que le Code Civil puisse être d'une grande utilité dans la recherche d'une solution pratique au problème que nous étudions.

Au contraire, JEHRING et le Projet nous ont montré un aspect plus intéressant de la question. Tous les deux maintiennent la nécessité d'une faute. Chez JEHRING, il s'agit d'une faute contractuelle qui consiste en la violation des obligations résultant

d'une convention tacite. Dans le projet, cette faute est délictuelle ; elle résulte de la violation d'obligations qui nous sont imposées par la loi.

Nous verrons par la suite que cette différence importe peu, que, dans tous les cas, la faute consiste dans la violation d'une obligation préexistante. JEHRING et le projet ont essayé de dégager l'existence d'obligations spéciales résultant de l'entrée en négociations. Ils y sont arrivés par deux voies différentes, mais cela n'empêche pas qu'il y ait un accord entre les deux systèmes.

Le reproche que l'on doit surtout adresser à la législation et aux auteurs, c'est de ne pas avoir dégagé le véritable aspect des pourparlers.

Celui qui en prend l'initiative, le pollicitant, semble jouer un rôle prépondérant ; et c'est dans la proposition de contrat qu'ils veulent trouver la source de responsabilité en cas de rupture. C'est là une notion assez fautive de la question. En effet, dans la discussion préalable au contrat, il y a des changements constants ; les rôles sont souvent inversés ; celui qui était le destinataire à l'origine peut devenir le pollicitant. Nous voici, par exemple, en présence d'un contrat d'entreprise ; l'entrepreneur qui, au début, était le destinataire de l'offre devient pollicitant lorsqu'il présente ses devis. De même ce n'est pas toujours le destinataire qui éprouve un préjudice, ce peut aussi être le pollicitant si c'est le destinataire qui rompt les pourparlers.

Nous nous trouvons donc en présence d'un problème complexe. La théorie de MOMMSEN sur le mandat et celle de JEHRING semblent l'avoir pris en considération en faisant appel l'une et l'autre à l'existence d'une convention, c'est-à-dire bien à des obligations réciproques ; mais pour le surplus de la doctrine et de la législation, il n'en est rien.

Enfin, la grande critique que l'on peut adresser, et nous

l'avons précédemment signalée, c'est de ne pas avoir déterminé le contenu des obligations s'imposant aux parties. Si on ne le connaît pas, on ne peut faire un pas. Il y a là une lacune qui devait être comblée en partie quelques années plus tard par l'excellent ouvrage sur la responsabilité précontractuelle d'un auteur italien, le Conseiller FAGGELLA, que nous avons d'ailleurs déjà rencontré dans la première partie de notre étude, lorsqu'il s'agissait de la position juridique du problème.

Maintenant que nous en sommes à l'étude de la responsabilité, le moment est venu d'approfondir son œuvre, et c'est à elle que nous allons consacrer les développements qui vont suivre.

SECTION 5

La Doctrine Italienne de Faggella (1)

42. La responsabilité précontractuelle a été étudiée par différents auteurs italiens : Carrara, Chironi, mais nous ne pouvons multiplier à l'excès l'étude de ces doctrines qui ne nous orientent pas vers une solution pratique.

Elles discutent de nombreuses questions théoriques dont la plus importante est la nature de la responsabilité mise en jeu ; nous avons montré que ce n'était là qu'une question secondaire et nous aurons l'occasion d'en reparler par ailleurs. Nous abandonnons donc ces théories pour nous consacrer à la doctrine de FAGGELLA qui a jeté un jour nouveau, qui est une étude nouvelles sur la matière ainsi que l'a dit M. SALEILLES (2).

43. Nous avons déjà dit que FAGGELLA avait divisé en trois

(1) Faggella : « Dei periodi precontrattuali e della Coroverse ed esatla costruzione scientifica » dans « Studi giuridice in onore de Carlo Fadda. Naples, 1906, III, p. 269 et suiv.

(2) Saleilles : *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1907, p. 697 à 751.

parties la période précontractuelle : les négociations préliminaires, l'élaboration de l'offre et l'émission de l'offre. Nous avons vu ce qu'il fallait penser de cette classification ; nous n'avons pas à y revenir et nous devons étudier la théorie de l'auteur sur la responsabilité pesant sur la partie qui rompt les pourparlers ; nous verrons après quelles critiques il y a lieu d'adresser.

La doctrine de FAGGELLA est la résultante de trois idées essentielles qui se manifestent pendant toute la durée des pourparlers.

En premier lieu, il reconnaît à chacune des trois phases une même valeur juridique. Chacune d'entre elles se présente sans doute avec des caractères qui lui sont propres, mais cela n'empêche pas que pendant toute la durée des négociations, les parties ne peuvent être considérées absolument comme des tiers. Il y a donc entre elles des obligations spéciales qui sont nées.

En second lieu, pendant toute la durée des négociations, la liberté contractuelle reste entière. Le fait d'être entré en pourparlers ne comporte aucun engagement et chacune des parties conserve la liberté la plus absolue de rompre les négociations, de se refuser à contracter.

En troisième lieu, et c'est un principe qui doit être combiné avec le second, la liberté absolue des parties n'est pas exclusive de la responsabilité. Le retrait de l'une des parties, la révocation de son offre, la rupture des pourparlers pourra être l'occasion de dommages-intérêts.

C'est évidemment ce troisième principe qui est le plus important. Les deux premiers ne sauraient être l'objet de critiques. Nous avons suffisamment montré que la simple proposition de contrat créait une situation spéciale ; quant au maintien de la liberté contractuelle, pendant toute la durée des négociations, personne ne saurait le contester, ce serait aller à

l'encontre de la nature même des choses, le fait d'entrer en pourparlers ne pouvant en aucun cas comporter l'engagement de conclure le contrat.

Ceci posé, il nous faut voir maintenant dans quelles conditions le retrait constitue, d'après l'auteur, un fait pouvant donner lieu à réparation.

44. La base de la responsabilité dans la doctrine de FAGELLA n'est pas la faute. Ce n'est pas davantage l'inexécution des obligations résultant d'une convention tacite.

En entrant en négociations, les parties n'ont pas entendu se lier contractuellement ; on ne peut même admettre, d'après FAGELLA, qu'elles se soient tacitement engagées à ne causer l'une à l'autre aucun dommage.

L'existence d'un engagement tacite apparaît comme une véritable fiction qui est souvent en contradiction avec la réalité. FAGELLA nous cite le cas d'un individu qui entreprend des préparatifs précontractuels sans entrer en négociations avec celui qu'ils visent ; on ne peut en ce cas parler de convention tacite puisque les parties ne se sont même pas rencontrées, et cependant il peut y avoir responsabilité dans certains cas de rupture.

Ayant éliminé la notion de faute et celle de convention tacite, quelle est donc la base de la responsabilité ? Cette base se trouve dans le seul fait de consentir au travail précontractuel.

Ce consentement, ou plutôt cet acquiescement au travail précontractuel, donne naissance à un pacte de garantie. Ce pacte de garantie oblige les parties à agir conformément à la bonne foi, à l'équité commerciale. C'est la transgression de ces obligations qui sera la source de la responsabilité.

D'ailleurs, il faut ajouter, et c'est ce qui paraît le plus intéressant dans cette nouvelle théorie, que c'est le « retrait arbitraire » des négociations qui constitue la violation des obligations dont nous venons de parler. En quoi consiste ce retrait

arbitraire ? Il s'agit du retrait qui n'est pas inspiré par des divergences économiques.

Voici deux personnes en pourparlers ; l'une d'elles se retire parce qu'un tiers lui offre des conditions plus avantageuses. En ce cas, il n'y a pas de responsabilité. Il y a une divergence d'intérêts purement économiques auquel l'adversaire devait s'attendre. Si maintenant, nous supposons que la même personne, après avoir eu connaissance des offres plus avantageuses du tiers vienne trouver l'autre et lui demande de faire les mêmes conditions, et qu'après l'acceptation de cette dernière, elle refuse de contracter pour des raisons purement personnelles, à ce moment, la responsabilité est encourue. Il y a en effet un véritable retrait arbitraire qui n'est pas motivé par de simples divergences d'intérêts économiques.

Ce retrait arbitraire dont parle FAGGELLA n'est pas le retrait capricieux. La partie qui rompt a souvent d'excellentes raisons de le faire ; le tiers avec lequel elle se propose de traiter va peut-être lui donner des affaires, lui procurer une réciprocité de clientèle et malgré cela, il y a responsabilité. Il s'agit, en effet, de raisons qui relèvent uniquement de la personnalité du tiers et qui n'ont qu'un rapport tout à fait indirect avec le contrat en formation. La partie qui se retire ainsi pour traiter avec une autre connaissait les garanties que lui offrait la personne initiale, sa rupture constitue une violation du pacte de garantie qui la liait à elle et sa responsabilité est engagée.

Cela est tout différent de la faute, nous dit FAGGELLA, car la rupture dont nous venons de parler n'en est pas une. Et finalement la responsabilité a sa base dans une garantie légale, fondée sur l'équité et limitée aux conditions arbitraires du retrait des négociations.

45. On peut, dans une certaine mesure, rapprocher cette

théorie de celle de l'abus de droit telle qu'elle a été étudiée par M. JOSSERAND (1).

D'après M. JOSSERAND, il y a abus de droit lorsque le droit est détourné de son but véritable. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette théorie par la suite, mais nous pouvons dès à présent établir un parallèle entre cette doctrine de l'abus de droit et celle que nous étudions (2).

Un des principes essentiels qui domine la doctrine de FAGGELLA est le maintien de la liberté des parties, de la possibilité de retrait dans tous les cas. Ce retrait est toutefois une source de responsabilité, lorsqu'il n'est pas motivé par des divergences d'intérêts économiques. Cette conception semble préciser la pensée de l'auteur et il apparaît clairement que le principe de la liberté au profit de chacune des parties n'est maintenu que pour permettre aux parties de conclure le meilleur marché possible, pour permettre à la libre concurrence de s'exercer, pour procurer par le jeu de cette libre concurrence des avantages meilleurs. Mais lorsque le véritable but de la liberté est méconnu, lorsque la rupture des négociations n'est motivée que par des conditions purement personnelles au cocontractant, il y a là un usage abusif de la liberté contractuelle qui n'est pas utilisée dans son véritable but et la responsabilité est encourue.

Il faut d'ailleurs remarquer que les conditions économiques modernes commençaient à se manifester lorsque l'auteur italien a écrit son ouvrage.

Deux tendances se manifestaient nettement ; d'une part, la nécessité d'adapter la formation des contrats à l'économie nouvelle, et c'est pour cela que la liberté contractuelle est consi-

(1) Josserand : *De l'Abus de Droit*. Paris, 1905.

(2) V. infra N°s 65 et 73.

dérée comme essentielle ; d'autre part, celle de respecter la bonne foi et les usages commerciaux. C'est pour concilier ces deux idées qu'il a eu recours à la notion de pacte de garantie qui contient la possibilité de se retirer lorsque des conditions plus avantageuses se rencontrent, mais aussi l'engagement de ne pas contrevenir aux usages, à la bonne foi, à l'équité. Ce pacte de garantie contient les mêmes obligations que celles auxquelles est conditionné l'exercice de la liberté contractuelle, dont le but véritable est d'assurer le respect des conditions économiques.

Si FAGGELLA a été influencé par les doctrines anciennes qui voulaient voir dans un engagement préalable au contrat la source de la responsabilité, il semble sous le couvert du pacte de garantie s'être rapproché de la conception plus moderne de l'abus de droit.

46. Le retrait arbitraire dont parle FAGGELLA n'est d'ailleurs pas la seule source de responsabilité. Nous avons déjà dit que d'après cette doctrine, la formation des contrats devait être divisée en trois phases : celle des tractations, celle de l'élaboration de l'offre et celle de l'émission de l'offre.

C'est seulement dans les deux premières phases : celle des tractations et celle de l'élaboration de l'offre que la responsabilité n'est encourue qu'en cas de retrait arbitraire. Au contraire, lorsque l'offre est émise, chacune des parties conserve sans doute le droit de se retirer, mais elle devra dans tous les cas répondre des conséquences dommageables de ce retrait. On peut être assez surpris de cette différence établie par l'auteur. L'émission de l'offre crée bien entre les parties une confiance plus grande ; les chances de voir aboutir les négociations augmentent ; cette émission traduit en un projet définitif tous les pourparlers ; mais malgré tout, elle demeure un acte de négociation dont la nature ne diffère pas de ceux qui l'ont précédé.

FAGGELLA explique alors cette différence par l'accroissement de sécurité qui accompagne l'émission. Le destinataire de cette offre est à même de l'approfondir, de voir si elle répond à ses exigences relatives au contrat proposé ; il compte donc qu'elle sera maintenue pendant qu'il procède à son examen. Le pacte de garantie qui existe entre les parties pendant la durée des pourparlers exige qu'il en soit ainsi, sans cela les obligations qu'exige la bonne foi commerciale ne seraient pas remplies.

Le destinataire ne court pas maintenant les mêmes risques ; la sécurité est beaucoup plus grande qu'auparavant et si la liberté de se retirer demeure, les dommages que ce retrait cause devront être réparés dans tous les cas.

47. Ayant ainsi déterminé quelle était la base de la responsabilité, il nous faut voir maintenant quelle en est l'étendue.

FAGGELLA pose à cet égard le principe que toute rupture de pourparlers cause la destruction d'une valeur créée en vue de la conclusion du contrat. C'est pour reprendre l'expression de l'auteur d'après la « valeur patrimoniale détruite » que l'on déterminera l'étendue des dommages-intérêts.

Cette étendue est d'ailleurs essentiellement variable et pour la connaître, il faut prendre en considération la situation respective des parties.

Dans la première phase de la formation des contrats, celle des négociations préliminaires, les parties sont entre elles dans une situation presque analogue à celle de tiers ; la seule différence se trouve dans l'acquiescement au travail précontractuel.

L'étendue de la réparation sera donc limitée aux dommages qui ont un rapport immédiat avec cet acquiescement. Il comprendra les dépenses faites, les frais exposés, mais en aucun cas on ne devra tenir compte des occasions manquées ; les dommages éprouvés de ce dernier chef n'ont qu'un rapport très lointain avec l'acquiescement ; la partie à qui se présen-

tent des occasions plus avantageuses peut les accepter ; elle conserve la possibilité de rompre, sans doute elle peut de ce chef être condamnée à des dommages-intérêts, mais malgré tout, en raison de la liberté très grande qui préside à ces négociations et en raison de l'importance souvent minime des dommages, les occasions manquées ne constituent qu'un préjudice tout à fait indirect dont il n'y a pas lieu de tenir compte.

Dans la seconde phase, celle de l'émission de l'offre, la situation n'est plus la même.

La sécurité est devenue beaucoup plus grande entre les parties ; il n'y a plus seulement un acquiescement aux négociations, il y a maintenant un acquiescement à l'élaboration de l'offre. Si une rupture intervient, la valeur patrimoniale détruite est beaucoup plus étendue ; outre les dépenses faites qui doivent être remboursées comme dans le premier cas, il faut également faire entrer en ligne de compte les occasions manquées.

Ces occasions ont, en effet, un rapport immédiat avec le consentement à l'élaboration contractuelle. Celui à qui elles se sont présentées les a refusées en considération de la situation spéciale qui le liait à la personne initiale et dès lors, le rapport direct qui existe entre elles et cette situation spéciale oblige à en tenir compte dans le calcul des dommages-intérêts à allouer en cas de rupture.

Dans la troisième phase, la sécurité existant entre les parties est encore plus grande ; le calcul des dommages-intérêts reste le même que dans la seconde ; ce qui varie, c'est le nombre des cas de responsabilité ; cette responsabilité ne se limite plus seulement à ceux de retrait arbitraire, elle s'applique à toute rupture, quel qu'en soit le motif.

Nous pouvons finalement résumer la doctrine de FAGGELLA en quatre propositions.

a) Pour qu'il y ait une responsabilité, il est nécessaire qu'il existe une acceptation réciproque, tacite ou expresse au travail précontractuel.

b) Pendant la période des négociations préliminaires, seul le retrait arbitraire entraînera la responsabilité ; les dommages-intérêts ne comprendront que les dépenses faites, les frais exposés.

c) Au cours de l'élaboration de l'offre, il n'y aura également lieu à responsabilité qu'au cas de retrait arbitraire, mais les dommages-intérêts comprendront les occasions manquées.

d) Après l'émission de l'offre, il y aura toujours responsabilité, quel que soit le motif de rupture, le montant des dommages-intérêts étant calculé de la même façon que dans la période précédente.

Nous voyons par l'énoncé de ces quatre propositions que nous nous trouvons en présence d'un système bien construit et fort simple. Il y a là quelque chose de nouveau, une étude nouvelle. Cette théorie contraste avec les données plutôt vagues que la législation allemande avait apportées à notre étude. Malgré tout, et tout en reconnaissant l'ingéniosité de ce nouveau système, il n'est pas à l'abri de critiques ainsi que nous allons pouvoir le constater.

Critique de la doctrine de Faggella

48. Nous connaissons déjà l'une des principales critiques que l'on peut adresser à la doctrine de FAGGELLA : c'est celle qui est relative à la division tripartite de la période contractuelle. Nous avons vu dans la première partie de cette étude les difficultés pratiques qu'elle pouvait soulever et que bien souvent elle était contraire à la réalité (1).

(1) V. supra N° 14.

Ce qui est également critiquable, c'est la notion de retrait arbitraire. Le retrait arbitraire, nous dit FAGGELLA, est celui qui n'est pas motivé par des divergences économiques. Mais c'est là une notion imprécise qui risque d'être une source d'arbitraire de la part des tribunaux.

Voici par exemple des négociations entreprises pour parvenir à un contrat de vente ; les parties sont d'accord sur le prix, mais un désaccord surgit entre elles quant au lieu de paiement et les pourparlers sont rompus. Ce retrait qui s'est manifesté sur une condition tout à fait secondaire est-il inspiré par des considérations purement économiques ? C'est difficile à dire, et pour y parvenir, il faut scruter la conscience de l'individu auquel ce retrait est imputé ; c'est là une chose délicate et il paraît difficile d'arriver à une solution bien juste.

Au surplus, n'admettre la responsabilité qu'en cas de retrait arbitraire, c'est aboutir à la rejeter en pratique.

Il est, en effet, facile de masquer un retrait s'inspirant de considérations purement personnelles sous la forme d'une rupture motivée par des divergences purement économiques et dès lors, la responsabilité disparaît du même coup.

La notion de pacte de garantie nous apparaît aussi comme peu satisfaisante.

L'auteur nous dit que par l'entrée en pourparlers, chacune des parties prend à sa charge une obligation de sécurité ; elle prend l'engagement de ne pas rompre les négociations pour des raisons purement personnelles. Cet engagement, cette garantie qu'elle assume ainsi, n'est pas d'origine contractuelle ; elle lui est imposée par la loi ; elle ne peut s'en décharger par une manifestation de volonté car la loi lui impose de respecter l'équité et la bonne foi commerciale. C'est un véritable risque légal imposé par la loi qui a sa source dans un fait volontaire qui est le consentement à l'élaboration du contrat.

Cette construction ne nous paraît pas meilleure que celle de JEHRING sur la *diligentia in contrahendo*. On a reproché à JEHRING d'avoir fait appel à la fiction de la convention tacite ; mais le recours à une garantie légale nous apparaît aussi comme un produit de l'imagination qu'aucun texte ne vient confirmer.

L'auteur qui a en vue une conception scientifique de la responsabilité précontractuelle n'aurait pas dû avoir recours à une base légale qui n'existe pas.

A notre avis, ce qu'il y a de plus critiquable, c'est le rejet de la notion de faute dont FAGGELLA semble avoir méconnu le véritable caractère.

La faute est, en effet, la violation d'une obligation préexistante ; il n'y a pas de raison de l'écarter dans le problème que nous étudions et nous devons avant tout nous attacher à déterminer quelles sont les obligations qui s'imposent aux parties en pourparlers.

Par le fait de ces pourparlers, des obligations spéciales de sécurité s'imposent aux parties, leur violation constitue une faute et la responsabilité est engagée. L'existence de ces obligations de sécurité est expressément reconnue par FAGGELLA, et l'on ne comprend pas bien pour quelles raisons l'auteur a fait appel à une garantie légale ; il était beaucoup plus simple de conserver la notion de faute. FAGGELLA nous dit qu'il y a, au début des négociations, un fait volontaire par lequel chacune des parties s'est rapprochée de l'autre ; elles ne sont plus, dit-il, des tiers au sens strict du mot ; elles se sont astreintes à certaines obligations résultant de cette situation spéciale ; chacune d'elles doit s'attendre à des divergences d'intérêt économique, mais c'est là le seul risque qu'elle doive courir. Toute autre rupture inspirée d'un autre motif engage sa responsabilité car les obligations de la bonne foi et de l'équipé commerciale ne sont pas respectées.

Mais n'est-ce pas là un retour pur et simple à la faute ? Et l'appel au pacte de garantie ne paraît-il pas superflu ?

49. Ces critiques n'enlèvent cependant pas à l'œuvre de FAGGELLA sa grande valeur.

Elle marque une grande supériorité sur les doctrines allemandes.

En premier lieu, elles contrastent avec la doctrine du risque contractuel qui voudrait que toute rupture soit une source de responsabilité. Ici, au contraire, le principe dominant est la liberté contractuelle ; la responsabilité n'est que tout à fait exceptionnelle ; elle suppose la preuve établie d'un retrait arbitraire. La théorie, quoique beaucoup plus compliquée, s'adapte beaucoup mieux aux nécessités de la vie économique moderne.

En second lieu, la doctrine de FAGGELLA marque un grand **progrès sur la doctrine de JEHRING**. Sans doute avons-nous vu que la notion du pacte de garantie n'apparaissait pas meilleure que celle de la convention tacite imaginée par l'auteur allemand, mais il y a cependant un pas de plus. JEHRING n'avait pas précisé quel était le contenu de la *diligentia in contrahendo* que les parties s'engageaient à respecter ; au contraire la garantie imposée aux parties dans la doctrine de FAGGELLA est beaucoup plus précise ; le contenu en est déterminé par l'engagement pris par les parties de ne pas rompre les négociations pour d'autres motifs que des raisons purement économiques.

D'autre part, l'étendue du dommage était toujours le même chez JEHRING, c'était l'intérêt négatif ; dans la doctrine de FAGGELL, ce dommage est fonction de l'époque à laquelle intervient la rupture.

Lorsque nous avons étudié la théorie de JEHRING nous avons montré que la présence d'un savant système ne nous avait guère fait avancer dans la recherche d'une solution. Cette doctrine, appliquée à la pratique, mettrait le juge dans l'obliga-

tion de rechercher le contenu de la *diligentia in contrahendo* ; ici nous sommes en présence d'un problème beaucoup plus simple ; il suffira de rechercher le motif de rupture et la solution sera trouvée du même coup.

Cette recherche est souvent délicate, l'arbitraire est à craindre, mais malgré tout, ces inconvénients sont beaucoup moins grands que dans la recherche de la *culpa in contrahendo* qui n'est qu'une question d'appréciation essentiellement variable.

Outre ces avantages, le principal mérite de FAGGELLA est d'avoir mis en lumière le rapport de cause à effet entre la rupture des pourparlers et le préjudice subi.

A cet égard, JEHRING s'en était tenu à un principe rigide devant s'appliquer dans tous les cas : celui du calcul des dommages-intérêts à allouer d'après l'intérêt négatif du contrat.

Chez FAGGELLA, ces dommages ne sont pas toujours les mêmes ; ils varient avec le degré de confiance existant entre les parties au moment où la rupture intervient.

La notion de préjudice direct y est essentielle et par là, cet auteur se rapproche beaucoup plus des conceptions générales soulevées par tout problème de responsabilité.

Nous avons critiqué FAGGELLA en montrant que la garantie imposée par la loi sur laquelle repose le système était inexacte ; nous avons mis en lumière les difficultés d'application qu'un tel système pouvait rencontrer dans la pratique.

Mais le maintien absolu de la liberté contractuelle combiné avec le respect de la bonne foi et de l'équité, l'application de la notion de préjudice direct sont autant d'excellentes choses qui orientent les recherches.

Peu importe le fondement théorique d'un système, peu importe qu'il y ait une garantie légale ou une convention tacite. Ce que nous devons rechercher, c'est une solution qui, tout en respectant l'équité, puisse s'adapter aux conditions économi-

ques nouvelles. FAGGELLA a respecté l'une et l'autre et sa théorie apporte une contribution utile dans la recherche. C'est peut-être la première conception scientifique du problème contractuel qui ait été élaboré.

A lui revient le mérite de n'avoir pas voulu rattacher l'étude que nous faisons à de vieux textes qui n'ont rien à y voir. Nous sommes en présence d'un problème nouveau dont l'importance ira croissante ; la législation est presque inexistante et il faut à l'aide de règles générales élaborer un système. FAGGELLA s'y est employé et malgré les critiques que l'on peut lui adresser, il a jeté un jour nouveau sur un problème dont la complexité avait fait reculer presque tous les auteurs

SECTION VI

La doctrine et la législation françaises

§ 1. *La législation française*

50. Nous avons montré au début de notre étude qu'aucun texte du Code Civil n'avait réglementé la question. La volonté du législateur semble bien avoir été de laisser aux tribunaux le plus large pouvoir d'appréciation ; il s'est contenté de poser une règle générale, celle de l'art. 1382, pensant que cela était suffisant pour trancher tous les problèmes de responsabilité.

Telle n'est cependant pas l'opinion de certains auteurs et notamment de M. SALEILLES, qui ont voulu voir dans l'art. 1599 du Code Civil l'application d'un principe général, en tous points analogue à celui posé par JEHRING sur la responsabilité basée sur une convention tacite (1). C'est évidemment là une

(1) Saleilles : Ouvr. cit., p. 168 et suiv.

constatation d'importance et bien que ce texte n'ait qu'un rapport indirect avec notre étude, il mérite que nous nous y arrêtions quelques instants.

L'art. 1599 du Code Civil

51. La disposition de l'art. 1599 est relative à la vente de la chose d'autrui : « La vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ». Il y a donc trois dispositions essentielles dans cet article :

1°) Nullité de la vente de la chose d'autrui ;

2°) L'acheteur de bonne foi peut demander des dommages-intérêts ;

3°) Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que le vendeur est de bonne ou de mauvaise foi.

C'est cette allocation de dommages-intérêts qui mérite quelques explications.

La première explication consiste à dire que la nullité dont parle l'art. 1599 n'est pas en réalité une nullité ; il ne s'agirait que d'une résolution. Le vendeur n'aurait pas exécuté son obligation de rendre l'acheteur propriétaire ; ce dernier demanderait la résolution. Les dommages-intérêts alloués s'expliqueraient alors facilement par l'application de l'alinéa 2 de l'art. 1184 du Code Civil aux termes duquel «... La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque la convention est possible, ou d'en demander la résolution avec des dommages-intérêts ». Dans le cas de la vente de la chose d'autrui, la convention étant impossible, l'allocation de dommages-intérêts se comprendrait fort bien.

Cette première explication ne semble pouvoir être adoptée, car l'art. 1599 nous paraîtrait sans aucune utilité ; d'autre part,

elle est en contradiction avec le texte qui parle bien de « *nullité* » et non de résolution.

D'autres auteurs ont cru résoudre facilement la question en déclarant que cette indemnité avait un caractère délictuel. Cette opinion ne semble pas non plus pouvoir être adoptée car il apparaîtrait indispensable de démontrer l'existence de la mauvaise foi ou tout au moins d'une négligence ; une telle preuve n'est pas exigée par l'art. 1599 qui alloue des dommages-intérêts dans tous les cas.

C'est alors en présence de ces objections que certains auteurs, et notamment AUBRY et RAU ont donné à l'allocation de dommages-intérêts une base contractuelle. D'après eux, la responsabilité du vendeur ne repose pas sur un délit ; il n'y a pas à distinguer s'il est de bonne ou de mauvaise foi.

Cette théorie se heurte tout de suite à une objection. Lorsque l'on parle de responsabilité contractuelle, cela suppose l'existence d'un contrat : or, ici il n'y en a pas, car le contrat de vente est nul.

Les auteurs voulant maintenir la responsabilité contractuelle, et principalement M. SALEILLES, ont alors déclaré que la nullité de la vente n'empêchait pas de laisser subsister une convention tacite aux termes de laquelle chacune des parties garantirait à l'autre l'existence de toutes les conditions requises à la validité du contrat. C'est le retour pur et simple à la doctrine de JEHRING, et M. SALEILLES déclare dans son *Traité des obligations* que par cet article, la notion d'intérêt négatif est également française et que l'on ne saurait dans la formation des contrats nous réduire à l'art. 1382 (1).

Ainsi apparaît la liaison de l'art. 1599 au problème que nous étudions. La doctrine de JEHRING ainsi posée dans notre droit

(1) Saleilles : *Ouvr. cit.*, p. 168 et suiv.

par cet article, rien ne nous empêcherait de l'adopter dans l'étude des pourparlers.

Nous ne croyons cependant pas pouvoir le faire, car il n'est pas du tout sûr que notre Code ait, à propos de la vente de la chose d'autrui, posé un principe général analogue à celui de JEHRING.

La disposition de l'art. 1599 s'explique par raison de pure opportunité. Elle consiste en un renforcement de la garantie dans la vente. Dans notre droit, l'acheteur évincé par le véritable propriétaire peut demander, outre la nullité du contrat, l'allocation de dommages-intérêts à moins qu'il ne soit de mauvaise foi.

La vente de la chose d'autrui est un contrat dangereux ; l'acheteur mis en possession d'une chose qu'il croit sa propriété, peut faire des dépenses nouvelles ; s'il s'agit d'un immeuble, il peut y apporter des améliorations. Si le véritable propriétaire revendique sa propriété ; ces améliorations, par suite de l'application de la théorie des impenses ne lui sont pas intégralement remboursées. Il subit donc un dommage ; il est équitable qu'on lui accorde une réparation, sans qu'il ait à démontrer une faute ou la mauvaise foi du vendeur ; ce serait une preuve délicate et cela encouragerait le vendeur de mauvaise foi.

L'art 1599 se justifie donc par des raisons de pure utilité sociale et il ne pose nullement un principe général de responsabilité s'appliquant tout au cours de la formation des contrats.

L'art. 1590 du Code Civil

52. Plus intéressant pour notre étude nous apparaît la disposition de l'art. 1590 du C. C. relatif à la vente avec arrhes : « Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui les a donnés

en les perdant ; celui qui les a reçus en les restituant au double ».

Les arrhes peuvent avoir une double fonction ; tantôt elles sont considérées comme un acompte sur le prix ; tantôt elles sont un moyen de dédit. Cette dernière fonction est la plus fréquente et elle apparaît très nettement dans la vente de fonds de commerce.

Après les négociations entreprises par le vendeur et l'acheteur, les parties conviennent de passer un acte qui contient outre la fixation des différentes conditions du futur contrat de vente, un chiffre de dédit qui, d'un commun accord, doit être maintenu pendant un certain délai. L'acheteur verse cette somme ; chacune des parties conserve la faculté de traiter avec un tiers, mais en ce cas l'acheteur perd ce qu'il a versé ou bien le vendeur restitue au double suivant que c'est l'un ou l'autre qui traite avec une tierce personne.

De nombreux auteurs, et notamment MM. COLIN et CAPITANT (1) analysent un tel contrat comme une vente sous conditions suspensive ; la condition étant que chacune des parties renonce à se retirer pendant le délai stipulé. La vente n'est définitivement consolidée qu'à l'expiration du délai si aucune partie ne s'est retirée.

Cette analyse de la vente avec arrhes en une vente sous condition suspensive ne nous paraît pas satisfaisante. L'art. 1590 ne parle d'ailleurs pas de vente avec arrhes, mais de « promesse » de vente. D'autre part, s'il y avait une vente véritable, aucune des parties ne pourrait se retirer. Pour pallier à cette objection, MM. COLIN et CAPITANT nous disent que cette liberté de chacune des parties s'explique par une condition suspensive, mais il paraît bien difficile de l'admettre. La condition sus-

(1) Colin et Capitant : *Ouvr. cit.*, 5^e éd., p. 432.

pensive une fois réalisée opère avec un effet rétroactif ; la date de la vente serait donc fixée au jour où le dédit a été passé. Ce serait là une conséquence excessive, le plus souvent contraire à l'intention des parties. Dans la vente de fonds de commerce, c'est bien au jour où l'acte définitif a été passé que les parties ont entendu faire partir les effets du contrat. D'autre part, les droits de mutation remonteraient au jour de l'acte initial, mais cela paraît encore contraire à la volonté des parties ; MM. COLIN et CAPITANT l'ont d'ailleurs reconnu et ils admettent que ces droits ne sont dus, dans le cas qui nous occupe, qu'après la réalisation de la condition.

Sans doute ne faut-il pas considérer l'effet rétroactif de la condition d'une façon trop absolue ; le code y a lui-même dérogé dans certains cas, notamment dans la vente, en rendant opposable à l'acheteur les actes d'administration, en décidant que le vendeur court les risques, qu'il perçoit et conserve les fruits ; mais ce ne sont là que des exceptions et le principe de la rétroactivité doit être maintenu ; il n'est pas impératif, on peut y déroger, mais cette dérogation doit être expresse (1).

L'objection la plus grave à cette théorie de la condition suspensive est qu'elle arrive à dénaturer complètement le contrat de vente auquel elle s'appliquerait. Lorsqu'un contrat de vente est assorti d'une condition suspensive, il y a tout de même un engagement ; les parties sont liées et elles ne peuvent porter atteinte au rapport contractuel par des actes postérieurs à l'engagement. Assortir un contrat de vente d'une double condition suspensive réservant à chacune des parties la possibilité de revenir sur son engagement en versant un dédit préalablement fixé, n'est-ce pas dénaturer un contrat de vente ?

(1) Req. 10 févr. 1925. S. 1925. 1. 61.

Nous pouvons même aller plus loin ; l'art. 1590 réserve à chacune des parties et par conséquent au débiteur (au vendeur dans la vente) la possibilité de se retirer sans avoir aucune explication à fournir ; ce retrait peut être absolument capricieux, illégitime, il suffit au débiteur de restituer le double des arrhes qu'il a reçus ou perdre ceux qu'il a versés et il est quitte. Dès lors, si l'on analyse la vente avec arrhes comme assortie d'une condition suspensive réservant au débiteur la possibilité de se retirer pour n'importe quel motif, même le plus capricieux, cette vente n'est-elle pas alors assortie d'une condition purement protestative de la part du débiteur ? Cette obligation n'est-elle pas nulle aux termes de l'art. 1174 du Code Civil ?

53. Ces objections nous amènent à rejeter la théorie de la condition suspensive ; comment expliquer alors la disposition de l'art. 1590 ? Cette disposition s'explique tout simplement par raison d'opportunité ; pour le montrer, nous allons raisonner sur l'exemple précédemment choisi relatif à la vente des fonds de commerce.

Au début, le vendeur entre en négociations avec l'acheteur éventuel ; le débat s'instaure sur le prix, les modalités de paiement ; l'acquéreur examine aussi la comptabilité, l'achalandage, le matériel, le prix du loyer commercial, le droit au bail ; les parties arrivent pas à pas, par étapes successives, à un accord sur tous les éléments que doit comporter le futur contrat ; à ce moment, la sécurité devient beaucoup plus grande entre elles ; les parties entendent toujours conserver la possibilité de rompre, mais elles veulent malgré tout avoir une chance de plus de voir les pourparlers aboutir. C'est alors qu'elles synthétisent tout le travail précontractuel en un projet provisoire qu'elles s'engagent à transformer en un projet définitif. C'est dans cet acte que le dédit se trouve inscrit.

Dans cet acte, le vendeur et l'acheteur s'engagent à conclure

le contrat projeté sur les bases qui ont été précédemment établies. Chacune des parties donne à l'autre l'assurance que le contrat sera passé ; l'inexécution d'une telle obligation est génératrice de dommages-intérêts ; le but des arrhes est de les *fixer forfaitairement*.

La stipulation d'un dédit ressemble donc à une clause pénale insérée dans un contrat.

Comme cette dernière, elle constitue un moyen de pression et les arrhes ne sont dus par la partie qui rompt sans qu'il soit nécessaire que son antagoniste ait éprouvé un dommage. Cependant, il ne faut pas pousser trop loin l'assimilation et il reste toujours une différence importante.

Dans le cas de la clause pénale, l'art. 1228 du Code Civil laisse au créancier le choix de réclamer ou bien le montant de la clause, ou bien d'obliger le débiteur à exécuter. Un tel engagement n'existe pas lorsqu'il s'agit d'une stipulation d'arrhes ; seul leur montant peut être demandé, mais en aucun cas, on ne peut obliger l'adversaire à exécuter son engagement. Ce serait contraire à l'intention des parties qui ont entendu conserver leur liberté.

Ces observations nous conduisent à dire que la vente avec arrhes est une institution spéciale avec ses caractères propres ; elle se présente à nous comme un « incident » de la période précontractuelle. C'est d'ailleurs bien le seul que le Code Civil ait pris en considération.

L'art. 1590 méritait pour cela cette étude spéciale, car il apparaît bien comme se rattachant directement aux questions soulevées par les négociations antérieures à la formation des contrats.

La responsabilité des fondateurs dans la formation de la Société Anonyme

54. Si nous quittons maintenant le domaine du droit civil pour passer dans celui du droit commercial, une situation mérite de retenir notre attention : c'est celle de la responsabilité des fondateurs de la Société anonyme.

Cette responsabilité n'a pas été réglée par la loi de 1867, néanmoins, les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour dire que les fondateurs répondent à toutes les fautes commises par eux au cours de la formation de la Société ; qu'en outre, ils s'engagent à mener la souscription jusqu'au bout et à essayer de constituer la Société ; ils seraient responsables s'ils la suspendaient après l'avoir ouverte.

Comment explique-t-on cette responsabilité ? La plupart des auteurs considèrent que les fondateurs sont des gérants d'affaires du futur être social ; l'obligation qui incombe à tout gérant de continuer la gestion de l'affaire d'autrui expliquerait dès lors leur responsabilité.

Une telle opinion ne semble pas devoir être retenue car la gestion d'affaires suppose, outre un gérant, l'existence d'un maître de l'affaire et l'être social n'est pas encore créé.

Ne pourrait-on pas dire que s'ils ne sont pas les gérants d'affaires de l'être social, considéré comme personne morale indépendante, ils gèrent l'affaire des futurs associés ? Cela ne nous paraît pas davantage fondé ; les maîtres de l'affaire qui sont les futurs associés n'ignorent pas cette gestion et par là une des conditions essentielles manque pour que l'on puisse appliquer les règles dérivant de la gestion d'affaires qui suppose que le maître n'est pas au courant.

L'application de la gestion d'affaires ne pouvant donner de résultat, on a parfois considéré les fondateurs comme des man-

dataires de la Société ; cela nous paraît inexact, le contrat de mandat exigeant l'existence du mandant au moment où il se forme. La société n'existant pas, on ne voit pas comment les fondateurs pourraient être des mandataires.

On ne saurait davantage les considérer comme des mandataires des souscripteurs ; par là on méconnaîtrait complètement la notion de mandat. En les considérant comme des mandataires des souscripteurs, on serait conduit à dire que ces derniers leur donnent mandat de former la société ; et comme tels ils devraient répondre de leurs actes (1). Mais ce serait là une conception tout à fait contraire à la réalité ; ce ne sont pas les souscripteurs qui prennent l'initiative du contrat ; ce sont les fondateurs qui sollicitent les souscriptions, soit directement par eux-mêmes, soit par l'intermédiaire d'un banquier.

55. La théorie qui considère les fondateurs comme mandataires ou comme gérants d'affaires de la future société se heurtant à l'objection de l'inexistence de l'être social, un grand commercialiste, M. THALLER a voulu l'expliquer en transportant dans le domaine des sociétés le principe de l'art. 706 du C. C. ; de même que l'enfant simplement conçu a déjà la personnalité juridique s'il s'agit de ses intérêts, la Société qui n'est pas encore séparée de ceux qui la créent aurait déjà une personnalité morale ; on comprend alors facilement comment les fondateurs agissent comme gérants d'affaires ou comme mandataires de la future société qui a déjà la personnalité morale ; on comprend aussi comment un souscripteur s'engage non pas envers les fondateurs, mais envers la future société.

Cette théorie est ingénieuse, mais elle ne s'est imposée que par mesure de nécessité. Elle n'a aucun fondement juridique

(1) Cette opinion a été soutenue par M. Percerou dans sa thèse. Voir Jean Percerou, thèse, Dijon 1896, p. 55 et suiv.

et rien ne permet de transporter les dispositions de l'art. 706 du C. C. dans le domaine de la formation des sociétés ; et si ingénieuse que puisse nous paraître cette opinion, elle repose sur une pure fiction que nous ne pouvons pas adopter.

Comme la disposition de l'art. 1599 du Code Civil, l'attitude prise par la doctrine et la jurisprudence sur la responsabilité des fondateurs s'explique aussi par des raisons d'utilité pratique.

Le contrat de société ne s'est pas encore formé, on en est encore à la période précontractuelle ; les fondateurs devraient conserver leur liberté de clore la souscription qu'ils ont ouverte car ils ne se sont pas engagés à constituer l'être social ; mais l'application trop absolue du principe de la liberté contractuelle aboutirait à de graves désordres, à des conséquences économiques regrettables.

Par la souscription qu'ils ont ouverte, les fondateurs ont créé une certaine sécurité dans le public, sécurité d'autant plus grande qu'ils ne s'adressent pas eux-mêmes au public et font appel aux grandes banques ; on ne peut laisser aux fondateurs la liberté d'arrêter à leur guise la souscription ; sans cela l'instabilité serait trop grande ; il faut que celui qui s'engage à entrer dans une société, à laquelle il sacrifie peut-être une partie de sa fortune puisse avoir cette sécurité qui exige que les fondateurs mènent la souscription jusqu'au bout et essayent de constituer la société. Si l'un des futurs associés subit un préjudice par suite de l'arrêt des souscriptions, réparation lui est due à moins que les fondateurs ne se soient trouvés dans l'impossibilité absolue de mener à bien leur tâche.

56. Cette étude sur la responsabilité des fondateurs est intéressante car elle est bien caractéristique de notre droit français en la matière. Il ne connaît pas de principes généraux comme le Droit allemand qui est beaucoup trop rigide ; poser un

principe trop absolu comme l'art. 122 du Code Civil allemand, rattacher à la seule offre de contrat tous les dommages que peut subir une personne du fait des négociations, c'est aller beaucoup trop loin et c'est paralyser les initiatives privées.

La liberté contractuelle dans les pourparlers demeure essentielle ; elle n'est limitée que par l'art. 1382, il est nécessaire de prouver une faute à la charge de l'auteur de la rupture pour que des dommages-intérêts soient alloués.

Néanmoins, malgré la généralité de tels principes, certaines situations spéciales ont été prises en considération, soit par le législateur (art. 1599) soit par la jurisprudence dans le cas des fondateurs de société. Dans ce cas, il est apparu que les nécessités pratiques imposaient d'étendre le champ de la responsabilité sans la limiter à la seule faute. Ce ne sont d'ailleurs là que des dispositions les plus marquantes qui sont généralement étudiées par les auteurs.

Au fur et à mesure que les conditions économiques nouvelles apparaissent, le législateur tend à adapter la liberté contractuelle à ces conditions. De nouvelles lois, de nouveaux décrets apparaissent et il est à présumer que dans l'avenir, la réglementation de la formation de certains contrats nouveaux apparaîtra. Pour ne prendre qu'un exemple sur lequel nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir, nous pouvons citer la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale.

A l'expiration du bail commercial, le propriétaire doit le renouveler à moins de donner une indemnité d'éviction.

La discussion sur la formation du nouveau bail n'est pas libre ; le prix ne peut être fixé par le propriétaire seul ; si les parties ne sont pas d'accord, on a recours à un arbitrage.

Sans doute ce ne sont que des questions dont le rapport avec le problème des pourparlers demeure lointain. Nous les signalons malgré tout pour montrer que la législation nouvelle (et

surtout en matière de loyers) tend à réglementer savamment la formation des contrats.

Malgré tout, cela demeure exceptionnel. La liberté contractuelle est toujours le principe dominant. La rupture des pourparlers est absolument libre et elle ne donne lieu à des dommages-intérêts que si une faute prouvée peut être mise à la charge de son auteur.

C'est d'ailleurs la tendance générale de la doctrine française à laquelle nous allons consacrer les études qui vont suivre.

§ 2. *La doctrine française*

57. Contrairement aux doctrines étrangères examinées jusqu'ici, tant en Allemagne qu'en Italie, notre doctrine nationale s'en est tenue aux principes généraux posés par le Code Civil, c'est-à-dire à la nécessité d'une faute. Seul peut-être M. JOSSE-RAND, en voulant fonder la responsabilité sur l'abus du droit dans le domaine des pourparlers fait-il exception à cette règle.

Cette doctrine est peu abondante ; le problème des négociations n'a pas, jusqu'à ce jour, fait l'objet d'un ouvrage spécial ; les auteurs ont principalement étudié le problème le plus général des rapports entre la responsabilité et les contrats, et c'est seulement à propos de cette étude qu'ils ont été amenés à étudier le problème des pourparlers. Leurs ouvrages sont d'ailleurs récents ; ils n'apparaissent guère qu'à la fin du XIX^e siècle. Ils ont été d'ailleurs influencés par les théories allemandes qui s'étaient fait jour ; ils en ont subi l'influence, notamment dans les articles et les notes de LABBÉ qui est le premier auteur dont l'attention a été retenue par le problème.

Les difficultés soulevées par la responsabilité accompagnant la nullité des contrats a retenu l'attention plus que tout autre problème ; comme les auteurs allemands, ils ont voulu la ratta-

cher aux obligations s'imposant aux parties au cours de la période précontractuelle. Mais les deux problèmes ne tardèrent pas à se différencier et dans les études plus récentes, ils sont nettement séparés.

Toutes les doctrines, à l'exception de LABBÉ et M. JOSSE-
RAND sont arrivées aux mêmes conclusions, à savoir que la responsabilité a sa source dans un délit et doit être déterminée d'après les principes généraux existants. Il y a, malgré tout, des différences entre elles et nous les examinerons successivement.

L'OPINION DE LABBÉ (1)

58. LABBÉ a étudié la question à propos de la femme dotale. Il s'est demandé si les immeubles dotaux demeuraient insaisissables lorsque la femme a commis une faute dans la formation ou dans l'exécution d'un contrat. Le moment n'est pas encore venu d'examiner les conséquences de la responsabilité précontractuelle relativement aux incapables ; nous aurons l'occasion d'en reparler dans la troisième partie de notre étude ; cependant, dès à présent, nous sommes obligés d'y faire allusion pour comprendre plus clairement la doctrine de LABBÉ.

Le principe essentiel de cette doctrine est que le fait d'entrer en pourparlers crée entre les parties une situation spéciale au point qu'elles ne peuvent plus être considérées comme des tiers. A chacune d'elles s'imposent des obligations particulières ; ces obligations ne résultent pas de la loi ; elles sont une conséquence de l'engagement volontaire des parties ; quiconque se met en rapport avec un autre pour la formation d'un contrat s'engage à agir loyalement dans les pourparlers et dans

(1) V. note de Labbé sous : Req. 23 novembre 1885. S. 1886 1, p. 1.
Voir aussi différentes notes du même auteur : S. 1882. 2. 249 ; S. 1885.
4. 25 ; S. 1889. 4. 1. ; S. 1890. 4. 17.

l'exécution. Si une rupture intervient ou si le contrat est annulé après sa formation, la responsabilité aura sa base dans la violation de cet engagement, dans le manque de foi éprouvé par la victime.

Cette responsabilité est d'ordre contractuel (1) ; elle se rattache à un engagement réciproque des parties conclu en vue de la formation du contrat. Etant contractuelle, elle ne s'impose pas aux incapables et pour ce qui est de la femme dotale, la victime ne peut pas poursuivre sur les immeubles dotaux qui demeureront insaisissables.

Cette théorie de LABBÉ ne nous satisfait guère ; l'engagement dont il parle se heurte aux mêmes critiques que celles adressées à JEHRING sur la *diligentia in contrahendo*.

La nécessité de se conduire loyalement, d'observer les règles de la bonne foi dans les pourparlers, ne résulte nullement d'un engagement volontaire. Cette règle de conduite nous est dictée par la loi, par la nécessité de nous abstenir de toute faute. L'observation de la bonne foi est le complément indispensable au principe de la liberté contractuelle qui préside à la formation des contrats ; elle nous est imposée par les textes généraux de notre législation actuelle.

Le caractère contractuel de cette responsabilité est également critiquable, car il n'y a pas de contrat ; on ne peut la rattacher à un engagement réciproque qui n'est qu'une pure fiction, on ne peut pas davantage la rattacher au contrat proposé qui n'est pas encore conclu ou bien qui a été annulé.

Il paraît donc indispensable de conserver le caractère délictuel à la responsabilité.

Il y a sans doute une objection qui est relative aux incapables.

(1) Cette opinion sur le caractère contractuel de la responsabilité est également admise par Demolombe V. Demolombe, t. XXIV, Nos 64 et 65.

dont la responsabilité serait plus grande au cours de la période précontractuelle qu'après la formation du contrat. Les incapables répondent de leurs fautes délictuelles, mais ils ne répondent pas de leurs fautes contractuelles à moins de dol ou de fraude ; la responsabilité précontractuelle étant délictuelle, elle pèserait davantage sur eux. C'est en considération de cette objection que LABBÉ a pu écrire : « Quand le procès a sa source dans un contrat, toutes les condamnations qui en découlent, principales ou accessoires, ont le caractère des obligations qu'elles corroborent, et aucune d'entre elles n'est exécutoire sur les biens dotaux ».

Cette objection est sans doute sérieuse, mais elle ne nous apparaît pas péremptoire ; nous verrons, en effet, par la suite que l'on ne peut guère mettre en jeu la responsabilité précontractuelle des incapables que s'il y eu dol ou fraude de leur part (v. supra n° 92) et dès lors, l'objection faite par LABBÉ perd une grande partie de son importance.

En tout cas, en ce qui concerne la femme dotale, elle ne peut encourir de responsabilités dans la période des pourparlers que si l'on relève une fraude ou une manœuvre dolosive à sa charge ; la Cour de Cassation en a décidé ainsi dans un arrêt en date du 3 juin 1907 (1).

THÉORIE DE M. SALEILLES

59. Nous ne croyons pas avoir maintenant à développer longuement la théorie de cet auteur. Nous l'avons déjà rencontré en étudiant la doctrine de FAGGELLA ; nous avons par ailleurs indiqué les commentaires de cet auteur à propos de l'art. 1599 du Code Civil (2).

(1) Cass. 3 juin 1907. D. 1908. 1. 399.

(2) *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1907.

La critique faite par lui à propos de la théorie de FAGGELLA est cependant intéressante en ce qu'elle ressuscite la notion de faute comme base de responsabilité dans les pourparlers. Il critique la notion de pacte de garantie, mais par contre, il maintient celle de retrait arbitraire. Comme FAGGELLA, il admet que le fait de se retirer des négociations pour une raison de préférences purement personnelles est le seul qui doive entraîner la responsabilité. Il y a, en ce cas, dit-il, « une atteinte à l'équité commerciale, un dommage à raison des dépenses engagées sous la foi préalable ». La détermination du caractère délictuel ne provient pas de l'appréciation des faits telle qu'elle dériverait du droit commun ; on va au-delà du droit commun. Ce que l'on désigne sous le nom de faute provient d'une situation créée ou consentie par celui dont le fait se trouvera produire le dommage ». C'est bien là un retour à la notion classique de « faute » qui consiste en une violation de l'obligation spéciale de sécurité imposée aux parties à raison d'un acte volontaire : celui d'être entré en négociations.

C'est sans doute là une conception assez heureuse en ce sens qu'il n'y a pas de raison de s'écarter de la notion de faute que rien ne nous autorise à abandonner dans le cas qui nous occupe. Mais la difficulté du problème n'est pas pour cela résolue ; on peut adresser à cette doctrine les mêmes objections qu'à FAGGELLA. La notion de faute considérée comme une violation d'obligation de sécurité et se manifestant par le retrait inspiré de considérations purement personnelles est des plus vagues, et l'arbitraire des Tribunaux est à craindre.

D'autre part, ce retrait coupable peut souvent être dissimulé sous l'apparence d'un retrait légitime.

Finalement, on a beau changer la base de la responsabilité, les difficultés rencontrées dans la recherche d'une solution pratique restent les mêmes. M. SALEILLES, comme d'ailleurs

presque tous les auteurs, a postulé l'existence d'obligations spéciales à la charge des parties, mais n'a pas déterminé quel était le contenu de ces obligations.

M. SALEILLES semble le reconnaître lui-même lorsqu'il écrit : « la faute semble s'identifier ici avec la violation des usages commerciaux ». La notion d'usage commercial est assez mal définie et personne ne conteste que les usages commerciaux doivent être, en tout cas, respectés ; mais lorsque le juge se trouve en présence d'une attitude précise reprochée à l'une des parties, il doit savoir si le fait incriminé est conforme aux usages commerciaux ; c'est là le problème délicat à résoudre et la doctrine de M. SALEILLES, tout en revenant aux notions plus classiques dont notre jurisprudence doit s'inspirer, ne le fait pas avancer dans la voie de la recherche.

Il est donc nécessaire d'aboutir à un criterium et essayons de voir comment nos auteurs contemporains ont résolu le problème.

OPINION DE MM. PLANIOL, RIPERT ET ESMEIN

60. Nous avons déjà précisé certains points de l'opinion de MM. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN relativement à la valeur des accords préalables antérieurs au contrat (1). Il nous faut voir maintenant quelle est la position prise par cet auteur en ce qui concerne la rupture des négociations.

Ils déclarent tout d'abord rejeter la responsabilité résultant d'une telle rupture, mais ils l'admettent en cas de retrait abusif de l'offre de contrat. Le retrait d'une simple proposition n'engendrerait d'après eux aucune responsabilité ; elle ne serait encourue que s'il y avait eu une offre véritable de con-

(1) Planiol et Ripert : Ouvr. cit., T. 6 (par Esmein) p. 73.

tracter. Mais cette distinction entre la simple proposition et l'offre véritable a aussitôt apparu très délicate à ces auteurs ; aussi reviennent-ils à la notion plus générale de faute qui engendrera en tous cas la responsabilité, quelle que soit l'époque à laquelle elle intervient.

Ils rejettent donc tout principe préalablement établi, pacte de garantie ou convention tacite, pour s'en tenir à cette notion plus générale.

Ils considèrent comme prédominant le principe de la liberté contractuelle. Il ne faut pas, d'après eux, y porter atteinte en admettant trop largement l'existence d'une faute. A cet égard, ils déclarent notamment : « Il y aura faute s'il est établi que l'auteur de la rupture a laissé l'autre partie faire des recherches, des travaux, alors qu'il n'avait pas sérieusement l'intention de contracter, ou que déjà il avait accepté des offres concurrentes. Il y aura responsabilité non si l'on rompt parce qu'après réflexion, on renonce à l'opération envisagée, quel qu'en soit le motif ou si l'on se retire pour contracter avec un autre qui offre des conditions meilleures, plus avantageuses ou même simplement plaît davantage pour sa solvabilité apparente ou sa personne, les relations possibles avec lui dans l'avenir, mais seulement si en le faisant, on commet un acte qui, d'après les mœurs et les usages commerciaux, est un acte déloyal ».

Cette théorie de MM. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN reflète bien l'opinion générale de la doctrine française, elle est en accord parfait avec les conceptions générales de ces auteurs sur la notion de faute qui a, d'après eux, sa base dans le manquement à une obligation préexistante ; obligation légale ou conventionnelle.

Ici, cette obligation serait le respect des « bonnes mœurs et des usages commerciaux » ; et dès lors, la pensée générale de

ces auteurs serait la suivante : chaque fois qu'une personne se plaindra d'une rupture abusive de la part d'une autre, les juges devront, pour reconnaître l'existence d'une faute, se référer à ces bonnes mœurs, à ces usages commerciaux et voir s'ils ont été respectés. Ils devront comparer le cas particulier qui leur est soumis à la conduite générale de l'homme normalement diligent, normalement prudent et c'est de cette comparaison qu'ils tireront la solution du problème qui leur est soumis.

Cette théorie ressemble beaucoup à celle de M. SALEILLES et comme telle, elle encourt les mêmes critiques. Nul ne saurait contester la nécessité de respecter les bonnes mœurs et les usages commerciaux dans les pourparlers, comme d'ailleurs dans toute manifestation de l'activité de la personne juridique. Mais cela peut se résumer en un principe évident qui est la nécessité de se bien conduire.

Imposer aux magistrats de déterminer les bonnes mœurs et les usages commerciaux, ce n'est autre que de leur imposer la détermination des règles de conduite normales de l'individu, c'est là une chose bien vague et l'arbitraire est à craindre.

Sans doute avons-nous déjà observé que le problème que nous étudions est avant tout un problème d'espèce qui ne s'acomode guère de principes préétablis, mais adopter la théorie de PLANIOL, c'est aller beaucoup trop loin dans la voie de la généralisation ; sans établir de règles rigides, il faut tout de même dégager quelques principes tirés de considérations pratiques pour guider la recherche.

OPINION DE M. DEMOGUE

61. A la différence de la théorie de PLANIOL, M. DEMOGUE (1)

(1) Demogue : *Ouvr. cit.*, t. 2, p. 163, n° 553 quater et suiv.

étudie le problème de la responsabilité précontractuelle sous un aspect beaucoup plus scientifique.

Nous avons déjà dit quelques mots de son opinion dans la première partie de cette étude. Rappelons pour mémoire qu'il divise la période précontractuelle en deux phases : les tractations et l'émission de l'offre ; les tractations pouvant, d'ailleurs, se manifester après l'émission de l'offre.

En ce qui concerne la responsabilité, M. DEMOGUE considère, comme d'ailleurs tous les auteurs français, que le principe de la liberté contractuelle demeure essentiel. Dans tous les cas, cette responsabilité se limite aux dépenses engagées par l'une des parties et elle n'entre en jeu que si une rupture arbitraire est imputable à l'une d'elles ; sur ce point, il admet la doctrine de FAGGELLA mise au point par SALEILLES.

Il ne faut pas, d'après lui, étendre plus loin la responsabilité sous peine d'entraver la conclusion des contrats qui supposent jusqu'à la fin une certaine liberté d'allure. Pour concilier ces deux notions : celle de responsabilité et celle de liberté contractuelle, M. DEMOGUE fait appel à la notion de contrat tacite et c'est seulement si les parties ont été tacitement d'accord qu'il y aura remboursement.

Ce contrat tacite auquel fait allusion M. DEMOGUE n'a rien de commun avec la convention tacite de JEHRING et l'auteur n'a pas voulu baser la responsabilité précontractuelle sur la violation d'obligations résultant d'une convention présumée, comme l'avait fait l'auteur allemand. Ce contrat tacite existe, d'après lui, lorsque l'attitude des parties est telle que l'on peut induire qu'elles ont été d'accord pour que des dépenses soient engagées ; M. DEMOGUE en donne d'ailleurs des exemples ; c'est le cas de la personne qui fait un voyage pour venir en voir une autre à la suite d'une annonce que cette dernière a

faite ; c'est aussi le cas d'un entrepreneur qui examine par des sondages si tel terrain peut supporter telle construction.

En résumé, deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait responsabilité : 1°) il faut que le retrait de l'une des parties soit arbitraire ; 2°) il faut que les parties aient été tacitement d'accord pour que des dépenses soient faites.

62. Les critiques que l'on peut adresser à une telle théorie sont relatives à ces deux conditions.

Nous savons déjà que la notion de retrait arbitraire est critiquable ; nous l'avons vu en étudiant la doctrine de FAGGELLA, où nous avons montré la difficulté pour les tribunaux de dire s'il y avait ou non retrait arbitraire. M. DEMOGUE prétend que cela ne doit pas nous arrêter car il existe dans notre droit des cas où la tâche des tribunaux est beaucoup plus délicate ; le problème de l'abus de droit en est un exemple. Cela est bien exact, mais malgré tout, nous ne croyons pas que cette réponse soit satisfaisante. Il ne suffit pas qu'il y ait dans notre droit des problèmes plus délicats pour se croire autorisé à adopter une solution qui se révèle assez difficilement applicable en pratique. D'autre part, en matière d'abus de droit, la solution du problème tend à se préciser de nos jours, grâce aux théories modernes, en particulier celle de M. JOSSERAND. La jurisprudence devient moins indécise par l'apparition de la notion du motif légitime dans les actes juridiques. L'abus de droit, grâce aux théories nouvelles, sort petit à petit de son imprécision ; ce même effort doit être accompli pour la responsabilité précontractuelle, et c'est pour cela que nous croyons devoir rejeter la notion de retrait arbitraire qui demeure trop vague pour être adoptée.

Quant à la nécessité de l'accord tacite dont parle M. DEMOGUE, nous devons reconnaître qu'elle est exacte mais elle nous paraît superflue.

Il est bien évident que si l'une des parties n'est pas au courant des dépenses engagées, elle ne saurait en aucun cas être obligée de les rembourser. Ainsi, au cours d'une conversation, je manifeste le désir de former une société par intérêts dans un but déterminé. Un de mes interlocuteurs avec lequel je n'ai nullement manifesté l'intention de traiter fait des démarches à mon insu et engage des dépenses ; il est bien évident que je n'aurai rien à lui rembourser si par la suite je renonce à mon intention.

En dehors de tout accord tacite, pas de responsabilité ; il est nécessaire qu'il y ait consentement au travail précontractuel, et c'est sans doute à ce consentement que M. DEMOGUE veut faire allusion lorsqu'il parle de contrat tacite. Sa nécessité n'est contestée par aucun auteur et il n'apparaît pas nécessaire de lui donner une valeur spéciale pour élaborer une théorie nouvelle.

OPINION DE M. JOSSERAND

63. Dans son étude sur l'Esprit des Droits et leur relativité (1) M. JOSSERAND consacre quelques pages à la formation des contrats.

Il ne distingue d'ailleurs pas entre les différentes phases de la période contractuelle ; il parle constamment du refus de contracter, mais il semble avoir eu en vue soit le refus d'entrer en pourparlers, soit le refus de contracter dans les conventions qui ne nécessitent pas une élaboration contractuelle. Il fait d'ailleurs principalement allusion au refus d'embauchage inspiré de considérations purement personnelles.

(1) Jossierand : *Essai de téléologie juridique*. Paris, 1927, T. 2 : De l'esprit et droit et de leur relativité, p. 128 et suiv.

C'est évidemment un aspect de la période précontractuelle assez éloigné de celui que nous étudions ; mais l'auteur ayant, malgré tout pris en considération le problème dans son ensemble et en raison de l'utilité de sa théorie dans la recherche d'une solution, nous devons nous y arrêter quelques instants.

Cette théorie n'est d'ailleurs que l'application de la théorie générale de l'abus de droit à la formation des contrats.

D'après M. JOSSERAND, le criterium de l'abus de droit ne doit être recherché, ni dans l'intention de nuire, ni dans une faute commise lors de l'exercice du droit, mais dans le détournement du droit de sa fonction. Les droits conférés par la société à l'homme, l'ont été en vue d'une destination économique et sociale. Si un individu exerce son droit hors du cadre de cette destination, s'il le fait servir à une fin égoïste, le droit est détourné de la fonction pour laquelle il a été créé et la responsabilité est encourue.

Cette conception du « droit fonction » a été adoptée par le Code soviétique et aussi par le Code franco-italien des obligations (art. 74). Elle est analogue à celle du détournement de pouvoir en droit administratif qui permet au Conseil d'Etat d'annuler les actes d'un maire, qui seraient non pas motivés par les intérêts communaux, mais par des considérations purement personnelles.

On peut transporter cette conception brièvement résumée dans le domaine des pourparlers.

Chacune des parties conserve la liberté absolue de se retirer des négociations. Cette liberté lui est conférée pour des raisons économiques ; le développement du commerce et de l'industrie, la libre concurrence, le bon fonctionnement des entreprises. Mais lorsque ce retrait (ou bien ce refus de contracter) est inspiré de raisons purement égoïstes, alors le droit est détourné de sa fonction et la responsabilité est encourue.

Ce sont ces considérations qui ont amené l'auteur à écrire que « si le refus de contracter se trouve en conflit avec nos institutions fondamentales, s'il fait échec à l'ordre public, il ne saurait prétendre à la protection juridique et les refus de contracter par elles (les parties) postulées et qui en sont autant d'expressions sensibles doivent comporter des sanctions effectives : produits d'une combinaison, d'une machination illicite, ils ne peuvent s'intégrer dans le plan des institutions contre lesquelles ils sont dirigés ; eux-mêmes sont illicites, non pas intrinséquement sans doute, mais à raison du système auquel ils ressortissent, de l'esprit qui les a dictés, ce qui est bien le caractère de l'acte abusif.

64. La théorie de M. JOSSERAND a été âprement critiquée (1) ; ces critiques sont inhérentes à la notion de « droit fonction » ; nous n'avons pas à les examiner, mais nous devons dire que cette conception nouvelle de la notion de l'abus de droit est très utile dans le problème des pourparlers ; nous aurons l'occasion de nous y arrêter plus longtemps par la suite ; elle est même souvent admise par les tribunaux qui recherchent le but dans lequel l'auteur du dommage a exercé son droit, et dans le cas qui nous occupe, ils essayent de déterminer si la rupture est bien inspirée par des considérations économiques (2).

Dans la troisième partie de cette étude, nous ferons parfois appel à la notion d'abus de droit (v. infra n° 73) et nous verrons que la doctrine de JOSSERAND, la conception du droit fonction, si elle se heurte parfois à des difficultés d'application, n'en constitue pas moins un apport précieux pour la recherche.

Pour l'instant, et tout en reconnaissant une grande valeur à cette conception, nous devons tout de même faire remarquer qu'elle ne saurait à elle seule résoudre le problème.

(1) Capitant : *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1925.

(2) Rennes, 8 juillet 1929, D. H. 1929, p. 548.

Voici deux personnes qui entrent en pourparlers, l'une d'elles engage des dépenses très élevées, beaucoup plus élevées que celles qui le sont normalement pour arriver à la conclusion du contrat considéré. L'autre partie qui est parfaitement au courant, se retire parce qu'elle trouve une occasion plus avantageuse. Des dommages-intérêts doivent-ils être alloués ? La théorie de M. JOSSERAND répond que « non » ; le retrait est intervenu pour des raisons purement économiques, le droit n'a pas été « détourné de sa fonction », la responsabilité n'est pas encourue. Telle n'est cependant pas notre opinion car la partie qui a laissé s'engager de telles dépenses sans avertir l'autre qu'elle entendait conserver sa liberté, a commis une faute dont elle doit réparation. La jurisprudence en a décidé ainsi dans un arrêt que nous retrouvons (1).

OPINION DE MM. MAZEAUD (2)

65. Dans leur ouvrage sur la responsabilité, MM. MAZEAUD examinent le problème de la responsabilité précontractuelle quant à la nature de cette responsabilité.

D'après eux, elle ne peut être contractuelle. Ils repoussent la notion de convention tacite qu'ils considèrent, comme d'ailleurs tous les auteurs, comme une pure fiction. Ils font notamment remarquer qu'il ne peut y avoir d'accord de volontés lorsque la promesse résulte de l'affichage du prix d'une marchandise exposée.

Ils rejettent également la responsabilité basée sur l'engage-

(1) Paris, 13. 2. 1883. G. P. 1883. 2. 414. Dans l'espèce de cet arrêt, il y avait peut-être un abus de droit, mais non au sens que l'entend M. Josserand.

(2) Mazeaud : *Traité théorique et pratique de la responsabilité contractuelle et délictuelle* (2^e éd.), Paris 1934, t. I, p. 116 à 121.

Mazeaud : *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1930, p. 579 à 587.

ment unilatéral ; ils considèrent qu'il y a là une théorie très douteuse et ils font remarquer que l'on ne peut parler d'engagement unilatéral chez celui qui se contente de repousser l'offre qui lui est faite.

La responsabilité contractuelle apparaît à MM. MAZEAUD comme une responsabilité d'exception ; elle ne peut jouer que s'il y a un contrat proprement dit, un accord de volontés ; cet accord n'existant pas, il faut s'en tenir au droit commun et n'admettre que la responsabilité délictuelle.

MM. MAZEAUD n'approfondissent d'ailleurs pas davantage le problème ; ils se bornent à poser le principe que la responsabilité est d'ordre délictuel sans préciser dans quels cas elle est mise en jeu. Ils semblent donc laisser par là la plus grande latitude possible aux tribunaux ; d'après eux, la responsabilité précontractuelle ne serait qu'un aspect de la responsabilité délictuelle ; elle se réglerait suivant les mêmes principes, l'existence d'une faute et d'un dommage.

Cette conception est sans doute exacte, mais elle nous apparaît malgré tout comme trop sommaire, et elle n'aide guère à résoudre le problème lorsqu'elle est mise en pratique. Il ne suffit pas de dire que la responsabilité sera mise en jeu lorsqu'on pourra imputer à l'une de ces parties une faute au sens de l'art. 1382 du C.C. ; il faut en outre préciser dans quels cas l'attitude de l'une des parties constituera une faute ; c'est évidemment le problème le plus délicat et MM. MAZEAUD ne semblent pas l'avoir abordé.

Ces auteurs repoussent également l'existence d'une convention tacite : il nous font notamment remarquer qu'il n'est pas possible de parler de convention tacite lorsque la promesse résulte de l'affichage d'une marchandise exposée. Cette observation n'est pas inexacte, mais elle s'applique à un contrat instantané « l'offre au public », dans lequel il est bien difficile de

voir un accord de volontés antérieur à la formation du contrat.

Le principe de l'existence d'une convention tacite est sans doute critiquable en ce qu'il est purement fictif, mais on ne saurait le détruire en démontrant son impossibilité dans les contrats qui n'exigent aucune élaboration contractuelle.

La même observation s'applique à l'engagement unilatéral. On ne saurait, comme l'ont fait MM. MAZEAUD repousser l'existence d'un tel engagement en déclarant qu'il ne peut exister chez celui qui se contente de repousser une offre qui lui est faite. Ici encore, MM. MAZEAUD ne semblent considérer qu'un seul aspect de la question : le refus d'entrer en pourparlers ou le refus d'accepter une offre définitive. Mais lorsque deux personnes ont consenti à l'élaboration de travail contractuel, l'observation de MM. MAZEAUD ne vaut plus.

Sans doute est-il douteux de considérer qu'en droit français la volonté unilatérale soit génératrice d'obligations, mais ce n'est là qu'une question de technique juridique et l'on ne saurait rejeter la notion d'engagement unilatéral en s'inspirant d'exemples pris dans les contrats instantanés (1).

La vérité est que le fait d'entrer en pourparlers crée entre les parties une situation spéciale ; elles ne sont plus des tiers l'une par rapport à l'autre ; des obligations particulières leur incombent du fait même d'avoir entamé des négociations. Ces obligations, on peut les systématiser sous la forme d'une convention tacite ou sous celle d'un engagement unilatéral ; cela importe peu, elles existent. La difficulté du problème consiste à les déterminer, peu nous importe leur origine ; la critique ne doit pas être faite sur la nature de la responsabilité ; ce qu'il faut connaître, c'est son étendue ; c'est sans doute délicat, mais c'est le seul problème qui aurait permis à nos auteurs d'arriver à une solution pratique.

(1) V. supra N° 36.

66. Telles sont les principales tendances de la doctrine française. Cette doctrine nous apparaît comme indécise ; tantôt, elle fait appel à des notions se rapprochant du droit allemand comme chez SALEILLES ; tantôt, au contraire, elle nous apparaît comme beaucoup plus libérale comme chez MM. MAZEAUD qui semblent considérer la responsabilité précontractuelle comme une question d'espèce, laissant au juge tout pouvoir d'appréciation. C'est cette dernière tendance qui paraît devoir triompher dans les ouvrages les plus récents (1), qui traitent des rapports de la responsabilité et des contrats.

Cette dernière tendance de la doctrine française est également celle de la doctrine belge ; c'est ainsi que M. DE PAGE (2) a pu écrire dans son *Traité de Droit Civil belge* que « les pourparlers sont utiles précisément parce qu'ils ont lieu sous l'égide de la liberté et sans engagement. Il ne faut, d'après lui, admettre la responsabilité que dans des cas exceptionnels. La responsabilité quasi-délictuelle avec faute prouvée paraît indispensable.

De telles tendances donnent aux tribunaux les plus larges pouvoirs, et dans une certaine mesure cela nous apparaît utile ; nous en avons expliqué précédemment la raison, en déclarant que les problèmes que peuvent soulever les pourparlers posent avant tout de simples questions de fait qui ne s'accommodent donc pas de règles trop rigides.

La pensée des auteurs les plus récents serait donc que la responsabilité précontractuelle ne serait qu'un aspect de la responsabilité plus générale pouvant exister entre les individus. Elle serait tout simplement régie par l'art 1382 ; il suffirait de prouver la faute, le dommage, et le rapport de cause à effet

(1) Meignie, *ouvr. cit.*

(2) Henri de Page, p. 454, N° 583 et suivants.

existant entre eux. Cela est tout à fait exact et en l'absence de textes, rien ne nous autorise à nous libérer de l'art. 1382 en faisant appel à des notions qui ne peuvent relever que de la fiction. Mais cela n'est pas suffisant, et s'en tenir à de telles solutions serait vouer les plaideurs à l'arbitraire des juges. Il nous apparaît ainsi indispensable de compléter cette étude par la recherche d'une solution tirée des cas pratiques et des rares exemples que peut nous fournir la jurisprudence. C'est à la recherche de cette solution que nous allons consacrer les développements qui vont suivre.

Troisième Partie

TROISIEME PARTIE

ESSAI DE SOLUTION PRATIQUE

67. Nous avons vu que notre Code Civil ne contenait aucune disposition traitant directement du problème de la responsabilité encourue par les parties au cours de la formation des contrats ; seuls les articles 1590 et 1599 y feraient une allusion indirecte et encore cette allusion est-elle discutée par la grande majorité des auteurs. Aussi, en l'absence de textes légaux, sommes-nous obligés de nous servir de l'unique principe général qui soit à notre disposition : la responsabilité basée sur la faute et conditionnée par l'existence d'un dommage en rapport direct avec cette faute.

Cette nécessité de s'en tenir au principe général posé par l'art. 1382 du Code Civil ne s'inspire pas seulement de préoccupation d'ordre théorique ; sans cela la raison de l'admettre ne serait pas une raison suffisante. Notre jurisprudence contemporaine prend de grandes libertés avec les textes du Code en matière de responsabilité, notamment à propos de celle encourue à raison du fait des choses où elle interprète l'art. 1384, comme posant à côté de la faute une autre source de responsa-

bilité : le risque. Mais il n'est pas possible d'agir de même dans le problème que nous étudions. On ne saurait, comme l'a fait l'art. 122 du Code Civil allemand inspiré par la doctrine de Windscheid, admettre la notion de risque contractuel ! Les motifs en ont déjà été donnés : la liberté contractuelle, les nécessités économiques et commerciales s'y opposent.

Les arrêts de jurisprudence qui sont assez rares en la matière, reflètent d'ailleurs cette tendance, et il n'en est pas un seul qui fasse allusion à l'idée de risque. C'est ainsi que la Cour de Rennes déclare dans un arrêt que nous retrouverons (1) que « la promesse fallacieuse de consentir une convention peut, sans qu'elle oblige contractuellement le promettant, constituer une *faute* délictuelle ».

De même, la Cour de Dijon, dans un arrêt du 15 février 1893 (2) rendu à la suite de l'attitude de l'une des parties qui se refusait à passer une convention convenue, déclare également que « si aucune action ne peut naître directement de l'inexécution du contrat, rien ne s'oppose à ce que des dommages-intérêts soient réclamés, conformément à l'art. 1382, lorsque l'une des parties justifie d'un dommage qui en est résulté pour elle de l'erreur dans laquelle elle a été induite par la *faute* ou la mauvaise foi de l'autre partie ».

Voici deux exemples d'arrêt, et ce ne sont pas les seuls où la jurisprudence prend nettement position en faveur de la faute délictuelle résultant de l'art. 1382.

68. Cette tendance générale de la jurisprudence de fonder la responsabilité qui nous occupe uniquement sur l'art. 1382 doit cependant être légèrement complétée. Il se peut, en effet, qu'une convention existe entre les parties pendant la période

(1) Rennes, 8 juillet 1829. D.H. 1929, p. 548.

(2) Dijon, 15 février 1893, S. 1894. 2. 144.

des négociations, et tel serait le cas de l'arrêt de Dijon que nous venons de mentionner dont il est nécessaire, pour mieux comprendre la question, de dire quelle en est l'espèce. Deux individus s'étaient mis d'accord pour passer une vente, mais conformément aux dispositions de l'art. 1592 du Codi Civil, le prix devait être laissé à l'arbitrage d'un tiers qui devait être désigné d'accord. L'une d'elles s'est systématiquement refusée à désigner l'arbitre, et ainsi le contrat n'a pu se former. La partie adverse a réclamé des dommages-intérêts. La Cour de Dijon a répondu qu'elle ne saurait se prévaloir du contrat de vente qui est inexistant, ni de ce que l'autre partie *ne remplit pas « l'obligation par elle contractée de s'accorder sur le choix de l'expert puisque c'est la nullité de cette obligation qui vicie le contrat intervenu »* ; qu'en conséquence, les dommages-intérêts ne peuvent être réclamés que sur le fondement de l'art. 1382. Cette opinion ne nous paraît pas exacte, car il y avait bien une convention préliminaire entre les parties ; celle de désigner un expert. Cette convention était parfaitement valable, et la partie qui avait refusé systématiquement tous les arbitres qui lui étaient présentés, avait manqué à son obligation ; le refus systématique n'était qu'un moyen détourné de rompre les pourparlers entrepris en vue d'arriver à la vente, et qui étaient si près d'aboutir.

Mais le manquement à une telle obligation n'est pas sanctionné par l'art. 1382 ; la responsabilité est ici fondée sur la violation de l'art. 1147 du C. C. aux termes duquel : « le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages-intérêts... à raison de l'inexécution de l'obligation » (1).

Mais cela n'enlève rien à la nécessité de l'existence d'une

(1) Cette distinction qui jusqu'à ce jour était consacrée par de nombreux arrêts semble devoir perdre de son importance dans la jurisprudence récente. V. notamment Req. 8 mars 1937, D. 1938. 1. 76.

faute ; s'il y a une convention préliminaire, elle se présentera avec un aspect particulier, ainsi que nous le verrons par la suite, mais il faudra toujours qu'elle existe.

69. La nécessité de l'existence d'une faute ne s'inspire pas seulement de considérations pratiques et jurisprudentielles ; les différentes théories que nous avons précédemment étudiées s'y ramènent.

Si l'on excepte les théories trop absolues de Windscheid sur le risque contractuel, ou celle de SIEGEL sur l'engagement unilatéral, nous avons vu que sous l'aspect de savants systèmes les auteurs revenaient en réalité aux principes généraux. Il suffit de rappeler à cet égard ce que nous disions à propos de la doctrine de JEHRING et aussi la critique de M. SALEILLES sur la doctrine de FAGGELLA.

La vérité est, pour reprendre l'expression de M. ROUBIER que par le fait d'entrer en pourparlers, les parties ne sont plus dans la sphère des devoirs généraux humains ; elles doivent comprendre qu'elles rentrent en un rapport d'obligations particulières.

C'est la violation de ces obligations nouvelles qui constitue la faute. Ce qui ne paraît pas discuté, c'est la nécessité de l'existence d'une faute ; ce qui l'est beaucoup plus, c'est l'étendue des obligations où elle puise sa source.

C'est ce que nous allons voir dans cette troisième partie que nous diviserons en deux chapitres :

Ch. 1 : LA FAUTE DANS LES POURPARLERS

Ch. 2 : L'ÉTENDUE DU DOMMAGE.

CHAPITRE PREMIER

LA FAUTE DANS LES POURPARLERS

Cette étude de la faute commune au cours de la formation d'un contrat se divisera elle-même en deux sections :

Section I : A quelles conditions la rupture des négociations constitue-t-elle une faute ?

Section II : Quelle est la nature de cette faute ?

SECTION I

A quelles conditions la rupture des négociations constitue-t-elle une faute ?

70. Pour résoudre cette question, il importe de savoir tout d'abord ce que l'on entend par faute

On est là en présence d'une notion assez vague sur laquelle les auteurs sont loin d'être d'accord. La définition qui nous paraît la meilleure est celle de PLANTOL, aux termes de laquelle la faute consiste en la violation d'une obligation préexistante.

Cette obligation peut résulter de la convention des parties ; la faute, en ce cas, résulte de l'inexécution des engagements.

En l'absence de convention, la faute résulte de la violation d'obligations légales.

D'après PLANIOL, les obligations légales peuvent se ramener à quatre types suivant l'objet sur lequel elles portent : — le premier est la nécessité de s'abstenir de toute violence envers les personnes et envers les choses ; — le second est l'obligation de s'abstenir de toute fraude ; — le troisième l'obligation de s'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habileté, que l'on ne possède pas au degré voulu ; — la quatrième l'obligation d'exercer une surveillance sur les choses dangereuses qu'on possède ou sur les personnes dont on a la garde.

Cette doctrine de PLANIOL a été l'objet de nombreuses critiques. On lui a reproché sa systématisation absolue et l'on ajoute que rien ne prouve que la classification que nous venons de donner soit complète. On lui a reproché également de n'avoir pas déterminé quel degré d'habileté ; quel degré de surveillance l'on devait exiger dans certains cas des individus pour qu'ils ne soient pas en faute. On a même été plus loin en disant que PLANIOL avait formulé les quatre commandements de la personne juridique parfaite, qui pourraient se résumer en un seul : « conduisez-vous bien ».

La valeur de ces critiques est incontestable, mais il ne semble pas qu'un auteur ait présenté un criterium meilleur que celui de PLANIOL.

En tout cas, le point de départ de la théorie est bien exact ; la faute résulte bien du manquement à une obligation préexistante : la difficulté est dans la détermination de cette obligation.

Cette détermination sera parfois aisée. Lorsque le manquement résultera d'une obligation contractuelle, il suffira de voir si cette obligation a été exécutée, et dans la négative il y

aura faute ; le problème sera également facilement résolu lorsque le manquement s'appliquera à une obligation légale précise comme l'inobservation des règlements de police. Mais il arrivera souvent que le contenu de l'obligation préexistante ne sera déterminé ni par la convention, ni par les textes. On peut se trouver en présence d'une de ces obligations vagues, imprécises, que l'on ne peut déterminer que d'après le type abstrait de l'homme normalement prudent, normalement diligent placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu (responsabilité des médecins, des hommes d'affaires, etc...). Le problème qui se posera aux tribunaux sera de trouver dans le cas précis qui leur est soumis, quelle aurait été la conduite d'un tel individu, et c'est dans la comparaison avec cette dernière qu'ils trouveront la solution du problème.

De telles obligations qui ne sont déterminées, ni par les textes, ni par la convention des parties, sont appelées par certains auteurs modernes, obligation de moyens, alors que celles des deux premières catégories sont appelées obligations de résultat (1). Nous reviendrons d'ailleurs sur tout cela dans la Section 2 de ce chapitre, lorsque nous étudierons la nature de la responsabilité.

Nous adoptons donc pour point de départ la définition de PLANIOL. Nous pouvons maintenant revenir aux problèmes des pourparlers et essayer de déterminer quelles sont les obligations qui s'imposent aux parties.

Avant d'aborder cette étude, il nous paraît indispensable de rappeler que nous supposons que les parties ont accepté d'entrer en pourparlers ; rappelons aussi que nous écartons de notre étude le problème de la révocation de l'offre (2).

(1) J. Van Ryn : *Responsabilité aquilienne et contrats en Droit positif*. Paris, 1933, p. 15, N^{os} 14 et suiv.

Demogue : *Ouvr. cit.*, p. 536, N^{os} 1237 et suiv.

(2) V. *supra*, N^{os} 16 et 17.

A notre avis, trois situations peuvent se présenter au moment de la rupture intervenue :

1°) La partie qui se plaint d'une rupture n'a en réalité couru qu'un risque.

2°) Avant cette rupture, il existait entre les parties une convention expresse ou tacite.

3°) Il n'y avait ni risque, ni convention.

Nous étudierons successivement ces trois situations qui ont leurs règles propres.

§ 1. *Existence d'un risque d'entreprise à la charge de l'une des parties*

71. On peut dire qu'une personne court un risque d'entreprise lorsqu'elle entreprend des démarches et fait des dépenses en vue d'un contrat déterminé, alors qu'elle sait que le contrat qu'elle se propose de conclure elle-même ou de faire aboutir entre d'autres personnes ne se formera peut-être pas. Les démarches qu'elle entreprend, les dépenses qu'elle fait rentrent dans le cadre normal de son activité.

Cette situation est assez fréquente, et il suffit pour le montrer de prendre quelques exemples tirés de la pratique.

Voici un inspecteur d'assurances qui entreprend des démarches en vue d'amener une personne à souscrire une police d'assurances sur la vie ; il fait de nombreux déplacements ; il étudie d'après les instructions de la Compagnie quels tarifs pourront être accordés, il correspond avec le Siège central. Il y a un travail accompli, des pertes de temps, de l'argent dépensé, mais il sait parfaitement à quoi il s'expose, car l'autre partie n'a pris aucun engagement et elle peut refuser de souscrire au contrat d'assurances pour un motif quelconque.

De même l'agent d'affaires qui sert d'intermédiaire pour la

vente d'un fonds de commerce peut voir ses démarches auprès d'un acquéreur éventuel ne pas aboutir. De même, l'entrepreneur qui fait des plans, des devis, pour une personne déterminée, alors que cette dernière a voulu simplement se renseigner sans prendre d'engagement. De même dans le domaine du droit administratif, l'entrepreneur qui soumissionne à une adjudication publique. Autant d'exemples que l'on pourrait d'ailleurs multiplier où l'on voit des individus entreprendre un travail précontractuel en sachant parfaitement à quoi ils s'exposent, en courant un véritable risque.

Quel sera le recours de ces personnes si les pourparlers n'aboutissent pas ? Pourront-elles réclamer des dommages-intérêts à leur adversaire. Nous ne le pensons pas.

Il n'y a pas, en effet, d'obligations préexistantes à la charge de leurs adversaires ; ceux-ci n'ont entendu contracter aucun engagement ; il n'y a pas d'obligation, donc aucune faute ne leur est imputable, quel que soit le motif de rupture. Cette solution s'inspire d'ailleurs des nécessités pratiques ; il apparaît souvent nécessaire d'entrer en pourparlers avec plusieurs cocontractants éventuels pour obtenir les meilleures conditions au meilleur compte. Si un commerçant veut vendre son fonds, son intérêt lui commande de s'adresser à plusieurs intermédiaires ; il ne fera affaire qu'avec l'un d'eux, les pourparlers se trouveront de ce fait rompus avec les autres ; on ne saurait l'obliger à les indemniser ; ce serait absolument contraire à la liberté contractuelle.

Cette opinion qui ne peut guère se discuter est celle de la jurisprudence qui a notamment dans un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, en date du 7 mars 1912 (1) débouté un entrepre-

(1) Paris 7 mars 1912. G. Palais 1912. 2. 210.

neur de sa demande en remboursement des frais qu'il avait faits pour établir un devis qui n'avait pas été accepté.

72. Une seconde raison nous conduit à rejeter la responsabilité lorsque celui qui se plaint d'une rupture de pourparlers a couru un risque : c'est l'absence de dommage. L'entrepreneur, l'agent d'affaires, l'inspecteur d'assurance, le représentant de commerce savent fort bien que le plus grand nombre des négociations qu'ils entreprennent n'aboutiront pas. Ils fixent leur prix en considération de cet état de choses, en répartissant sur le rapport des affaires qu'ils réussissent les débours occasionnés par celles qui sont manquées.

Cette première situation nous mène donc à constater que l'existence d'un risque exclut la faute, le dommage et partant la responsabilité.

Cependant, ce principe ne souffre-t-il pas une exception lorsque les dépenses engagées par la partie victime d'une rupture sont considérablement exagérées, et dépassent en tous cas celles qui le sont normalement pour arriver à la même fin ? Nous ne croyons pas que l'on doive pour cela déroger au principe général que nous venons de poser.

Celui qui engage de telles dépenses, commet une imprudence en le faisant sans avoir un engagement de l'autre partie, engagement qui porterait sur le remboursement de ces dépenses pour le cas où la convention n'aboutirait pas. Cette imprudence constitue une faute à sa charge et il doit supporter les dommages subis.

L'arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1912, que nous avons précédemment cité, semble adopter cette solution en décidant que l'entrepreneur qui avait engagé de grosses dépenses a commis une négligence en ne faisant pas constater par écrit, l'engagement définitif de l'autre partie.

Cette question des dépenses considérables est d'ailleurs assez

délicate. Il se peut, en effet, que la partie qui les engage le fasse au vu et au su de l'autre, et que cette dernière qui n'a contracté aucun engagement la laisse faire. En ce cas, qui doit supporter la responsabilité ? Il semble que ce n'est pas seulement la partie qui courait le risque ; l'autre aussi avait une obligation à sa charge, c'était d'avertir qu'elle n'entendait pas s'engager ; son inertie constitue une faute dont elle doit rendre compte.

La question est difficile à résoudre ; elle pose un cas d'espèce, et fréquemment les Tribunaux devront partager la responsabilité. C'est d'ailleurs là un problème assez peu pratique, et la règle générale demeure lorsque l'une des parties a couru un risque, elle ne peut se plaindre d'une rupture de négociation.

73. A cette règle, il nous paraît cependant nécessaire d'apporter une exception : elle vise le cas où *l'auteur de la rupture a commis à l'encontre de l'autre partie un abus de droit*.

A cet égard, il nous paraît nécessaire de nous attarder quelque peu sur un cas qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 13 février 1883 (1). Deux individus, Wheeler et Wilson, étaient en relations d'affaires avec un sieur Vigneron, pour la vente en France de machines à coudre. Pendant deux années, de 1871 à 1873, des obligations précises et réciproques avaient lié les deux parties ; mais postérieurement à cette date, elles avaient entendu conserver leur liberté absolue.

Cependant les relations entre elles avaient continué ; des dépenses avaient été faites par Vigneron pendant la durée de l'exposition de 1878 ; des frais considérables de publicité avaient été engagés, Vigneron avait même créé des succursales en province, les agissements de Wheeler et Wilson pouvant lui

(1) Paris, 13 février 1883. G. P. 1883. 2. 414.

faire croire qu'il était leur seul représentant en France ; il pouvait d'ailleurs espérer qu'une convention interviendrait lui donnant en France le monopole de la revente des machines en question. Wheeler et Wilson avaient entendu conserver leur liberté absolue et ils avaient même fait savoir que les relations en cours étaient subordonnées à leur intérêt. En 1878, une rupture intervint soudainement et Vigneron réclama des dommages-intérêts. Le Tribunal de commerce l'a débouté de sa demande en motivant sa décision par la liberté absolue qu'avaient entendu conserver ses adversaires, et par la faute qu'il avait commise en n'exigeant pas d'eux un engagement définitif avant de faire de telles dépenses.

Sur l'appel interjeté par Vigneron, la Cour a procédé à un examen plus approfondi des faits. Elle a considéré que Wheeler et Wilson avaient en réalité rompu leurs négociations, uniquement pour profiter de la publicité qu'avait faite Vigneron, et s'enrichir à ses dépens ; elle les a condamnés à des dommages-intérêts.

Cet arrêt paraît avoir un intérêt évident. Vigneron savait parfaitement qu'il courait un risque, ses adversaires lui ayant même déclaré par lettres qu'ils entendaient conserver leur liberté. Sans doute, et la Cour l'a bien spécifié, il pouvait se considérer en raison des agissements, comme l'agent spécial de ses adversaires qui l'avaient laissé engager des dépenses considérables et l'avaient même félicité pour la réussite de sa publicité de l'exposition de 1878 ; mais rien ne lui permettait de considérer qu'il en serait toujours ainsi ; il était averti du risque qu'il courait et le Tribunal de Commerce lui avait d'ailleurs reproché de ne pas avoir exigé un engagement définitif.

La Cour d'Appel semble avoir considéré que les adversaires avaient commis un véritable abus de droit en détournant la liberté contractuelle de son véritable but ; elle n'a pas parlé

d'abus de droit, mais elle a bien mis en relief le fait que la rupture était intervenue, non pour le bon fonctionnement de l'entreprise de Wheeler et Wilson, mais uniquement pour qu'ils bénéficient gratuitement de la publicité qu'avait faite l'autre partie.

Nous voici donc revenus à la théorie de M. JOSSERAND. Toutefois, quels que soient les mérites de cette théorie, il nous paraît nécessaire de la compléter. Dans l'espèce que nous venons de relater, il ne nous paraît pas certain qu'il y ait eu intention de nuire, et d'après M. JOSSERAND, cette intention importerait peu ; seul le détournement de la liberté contractuelle de sa fonction, devrait être pris en considération.

La théorie de M. JOSSERAND sur l'abus de droit nous paraît assez commode pour justifier une décision de jurisprudence comme celle que nous venons de relater. Mais il semble assez difficile de généraliser et de faire abstraction de l'intention de nuire chez l'auteur de la rupture.

Il faut en effet préciser quelle est la « fonction véritable de la liberté contractuelle ; c'est évidemment une notion assez délicate à définir ; tout au plus peut-on dire qu'elle vise à assurer le libre jeu de la loi de l'offre et de la demande, la réussite des entreprises, la sécurité dans la recherche de bénéfices équitables ; mais ces notions sont bien vagues et il est peu aisé de dire si tel retrait des négociations est contraire à cette fonction. Dans l'arrêt de la Cour de Dijon, il n'est pas certain qu'il y ait eu intention de nuire. Pour justifier la solution adoptée par la Cour, il faut alors faire appel à l'abus de droit tel que l'a défini M. JOSSERAND.

Mais lorsque cette intention de nuire existe, il ne semble pas que l'on doive se préoccuper de savoir si la fonction sociale de la liberté contractuelle a été respectée.

A ce propos, il convient d'apporter une précision : il se peut

en effet, que l'intention de nuire ne soit pas la seule cause qui inspire la rupture : elle peut être accompagnée de raisons tirées de nécessités purement commerciales.

Les dommages-intérêts sont-ils dûs en ce cas ? Pour répondre à cette question, il faut rappeler que la liberté contractuelle est un droit portant son utilité en lui-même. Il est alors nécessaire de faire une distribution ; si l'intention de nuire est la cause essentielle, il faut répondre affirmativement ; si elle n'est que secondaire, la responsabilité n'est pas engagée. Cette distinction est d'ailleurs faite par la jurisprudence (1).

Ces notions paraissent assez confuses, mais cela tient uniquement à l'imprécision de la notion d'abus de droit. Elles peuvent se résumer en une seule proposition.

Le retrait sera abusif lorsqu'il sera « *principalement inspiré par l'intention de nuire ou lorsqu'il trouvera sa cause en dehors de la fonction sociale de la liberté contractuelle* ».

74. Telle est la conclusion à laquelle nous aboutissons, mais avant de quitter cette étude du risque dans les pourparlers, il nous paraît intéressant de comparer notre conclusion avec la doctrine de FAGGELLA.

L'auteur italien consacrait la liberté contractuelle en limitant la responsabilité au seul retrait arbitraire, et il basait sa théorie en déclarant que lorsque des personnes entraient en négociations, elles devaient s'attendre à des divergences économiques, mais c'était là le seul risque qu'elle devait courir. Toute rupture inspirée de considérations purement personnelles devait entraîner la responsabilité. Ces solutions qui ne s'appliquaient d'ailleurs que pendant la durée des négociations et pendant l'élaboration de l'offre avaient leur fondement dans une garantie imposée par la loi, qui découlait de l'acquiescement au tra-

(1) Lyon, 10 juillet 1896. 1896. 2. 496.

vail précontractuel. Nous avons examiné les critiques que l'on peut adresser à un tel fondement ; mais il faut reconnaître qu'en partant d'éléments plus positifs comme la faute et le dommage, nous arrivons à peu près aux mêmes conclusions.

Lorsque le Conseiller FAGGELLA élaborait sa théorie, les conceptions modernes de l'abus de droit de M. JOSSERAND n'étaient pas connues. Mais maintenant que cette notion d'abus de droit, quoique encore bien imparfaite, s'est précisée en doctrine, nous avons vu qu'il était possible d'y faire appel pour expliquer les restrictions à la liberté. Lorsque nous avons posé comme principe que l'intention de nuire et le détournement de la liberté contractuelle de son but social engageait la responsabilité, nous étions bien près de la notion de retrait arbitraire qui comprenait, outre le retrait malicieux, celui qui n'est pas inspiré de considérations économiques.

L'utilité sociale, la fonction de la liberté contractuelle s'inspire en effet de ces dernières, et dès lors la doctrine de FAGGELLA, tout en étant critiquable à son point de départ, n'en arrive pas moins à des solutions pratiques que nos auteurs modernes tendent à adopter.

§ 2. *Existence d'une convention entre les parties en cause*

75. Il est possible que les obligations incombant aux parties pendant la période précontractuelle, soient précisées par une convention.

En voici deux cas qui peuvent se présenter. Deux personnes ont l'intention de conclure un contrat, une vente par exemple et, après s'être mises d'accord, elles conviennent que le prix de l'objet sera laissé à l'arbitrage d'un tiers. Cette hypothèse est assez pratique et elle est d'ailleurs expressément prévue par

l'art. 1592 du Code Civil. Si à la suite de cette première convention, l'une des parties se refuse à procéder à la désignation du tiers qui doit déterminer le prix de l'objet à vendre, elle rompt les négociations entreprises en n'exécutant pas l'obligation à laquelle elle s'était engagée.

Prenons un second exemple : voici une personne qui veut faire construire un immeuble ; elle s'adresse à différents entrepreneurs en leur demandant de dresser des plans, étant bien entendu qu'elle agréera celui qui lui présentera le plan qui lui conviendra le mieux pour un prix déterminé, après les avoir tous examinés. Ces différents entrepreneurs participent à un véritable concours ; chacun court sans doute le risque de voir les travaux adjugés à un autre, mais il est certain que ses travaux seront examinés. Avant la date de l'adjudication, la personne qui les a mis en œuvre traite avec un tiers ; elle rompt par là même les pourparlers entrepris en n'examinant pas les plans qui devaient lui être soumis par les entrepreneurs auxquels elle s'était adressée ; il y avait pour elle une obligation de procéder à cet examen ; elle n'a pas rempli l'obligation qui pesait sur elle et sa responsabilité va se trouver engagée.

Nous voyons par ces deux exemples qu'il est possible de distinguer au milieu des négociations l'existence d'une convention liant les parties. Cette convention peut d'ailleurs être expresse : ce sera le cas de l'art. 1592 du Code Civil, lorsqu'il est convenu entre les parties que le prix de l'objet à vendre sera déterminé par un tiers. Elle peut aussi être tacite, ce sera le cas de notre second exemple : l'obligation d'examiner les devis proposés n'avait peut-être pas été prévue écritement, ni même oralement, mais elle avait bien été dans la commune intention des parties au début des pourparlers.

76. Lorsqu'une telle convention existe, la question de responsabilité est assez facile à résoudre. Le contenu de l'obligation

préexistante dont la violation constitue la faute est déterminé par l'obligation elle-même.

Il suffit aux juges de voir si cette convention a été exécutée et dans la négative, ils n'ont qu'à condamner à des dommages-intérêts.

A ce propos, les solutions de la jurisprudence sont indécises. Le premier exemple que nous avons cité a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de Dijon du 15 février 1893 (1). Il s'agissait, rappelons-le, d'un contrat de vente dont la fixation du prix devait être fixée par un expert. L'une des parties avait refusé d'agréer tous les experts qui lui étaient présentés ; le contrat n'avait pu se former et l'autre partie demandait des dommages-intérêts. La Cour d'Appel a répondu favorablement à cette demande, mais elle s'est refusée à motiver sa décision sur la rupture d'un engagement contractuel. Cet arrêt doit d'ailleurs être examiné pour montrer quelle a été la pensée de la Cour.

La Cour a déclaré que si aux termes de l'art. 1592 du Code Civil, le prix d'une vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, le contrat manque d'un de ses éléments essentiels, lorsque le tiers n'a pas été spécialement désigné par les parties, puisque le Tribunal n'ayant pas qualité pour le choisir lui-même en cas de désaccord, il dépend de chacun des cocontractants d'empêcher la détermination du prix en refusant d'accepter systématiquement l'expert qui serait proposé. Par suite, la partie qui entend se prévaloir de la vente alléguée ne saurait être admise à réclamer des dommages-intérêts, ni en arguant de ce que l'autre partie refuse d'exécuter la dite vente qui doit être tenue pour inexistante ni de ce *qu'elle ne remplit pas l'obligation par elle contractée de s'accorder sur le choix de l'ex-*

(1) Dijon, 15 février 1893. S.1894.2.144.

pert, puisque c'est la nullité de cette obligation même qui vicie le contrat intervenu ».

Mais si aucune obligation ne peut naître de l'inexécution du contrat, rien ne s'oppose à ce que des dommages-intérêts soient réclamés conformément à l'article 1382 du C. C. lorsque l'une des parties justifie d'un dommage qui en est résulté pour elle de l'erreur dans laquelle elle a été induite par la faute ou la mauvaise foi de l'autre partie...

Cet arrêt de la Cour d'Appel mérite à notre avis quelques critiques. Sans doute a-t-il raison lorsqu'il nous dit que la partie qui réclame des dommages-intérêts ne peut se prévaloir du contrat de vente. Il manque à celui-ci un élément essentiel, la détermination du prix. Mais le contrat de vente n'est pas pour cela vicié à sa base ; il apparaît parfaitement valable de déclarer dans un tel contrat que le prix sera déterminé par un tiers choisi d'accord entre les parties, sans le nommer ; une telle convention est parfaitement régulière, l'art. 1592 du Code Civil n'oblige nullement à désigner le tiers au moment où la convention est conclue ; cette convention ne serait nulle que s'il y avait une condition purement protestative de la part de l'une des parties, mais lorsqu'il n'en est pas ainsi, rien n'autorise à la déclarer ainsi nulle.

Le contrat de vente ne s'est pas formé ; mais pour quelle raison ? C'est bien parce que l'une des parties s'est refusée à désigner l'arbitre ; en d'autres termes, parce qu'elle a manqué à l'obligation qui lui était imposée par la convention, au termes de laquelle elle s'était engagée à le désigner. La Cour d'Appel nous dit que l'on ne saurait se prévaloir d'une telle obligation, car c'est la nullité de cette obligation qui vicie le contrat intervenu ; mais elle aurait tout aussi bien pu dire que c'est l'inexécution d'une telle obligation qui a empêché le contrat de vente de se former.

Cela nous aurait paru préférable, car il n'y a pas de raison de frapper de nullité cette obligation. Il ne pourrait en être autrement que si un texte l'avait formellement prohibée mais il n'en est rien. Il y avait un engagement de désigner un arbitre, cet engagement n'a pas été rempli, il y a par cela même un manquement à une obligation préexistante dont le contenu était déterminé par la convention des parties ; il y a donc une faute et la responsabilité est encourue.

La Cour d'Appel est d'ailleurs arrivée à cette conclusion en faisant appel à l'art. 1382, en déclarant que si aucune action ne peut naître de l'inexécution du contrat, rien ne s'oppose à ce que des dommages-intérêts soient réclamés conformément à l'art. 1382 C. C., lorsque l'une des parties justifie d'un dommage qui en est résulté pour elle de l'erreur dans laquelle elle a été induite par la faute ou la mauvaise foi de l'autre partie.

La Cour d'Appel est donc arrivée à la même conclusion ; mais il ne nous apparaît pas qu'il ait été nécessaire de faire appel à la notion d'erreur et à celle de mauvaise foi.

Cet arrêt a été rendu à une époque où la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle étaient considérées en doctrine comme étant nettement séparées et ayant leurs caractères propres. Mais en présence de théories modernes qui voient dans toute responsabilité un même fondement qui se trouve dans la violation d'une obligation préexistante, il n'est pas nécessaire de faire appel aux notions d'erreur et de mauvaise foi ; il suffit que le résultat n'ait pas été atteint dans le cas qui nous occupe, pour qu'il y ait par cela même une faute et une responsabilité.

Il est d'ailleurs à remarquer que la Cour d'Appel en faisant appel à la notion de mauvaise foi revient au fond à cette opinion. Le critérium de la mauvaise foi est imprécis et dans l'espèce de l'arrêt qu'elle a rendu, la mauvaise foi ne pouvait rési-

der que dans le fait de ne pas désigner d'arbitres, en d'autres termes de se soustraire à la convention.

Si l'on s'en tient aux motifs invoqués par la Cour d'Appel, on se trouve en présence d'une responsabilité délictuelle ; si au contraire, l'on adopte notre opinion, la responsabilité contractuelle est seule encourue. Cela peut sans doute avoir une importance si ces deux catégories de responsabilité avaient des conséquences différentes ; mais nous verrons par la suite que ces différences sont beaucoup plus apparentes que réelles.

77. Cette jurisprudence se refusant à reconnaître l'existence d'une responsabilité contractuelle, alors même qu'une convention liait les parties pendant la période des négociations, a d'ailleurs continué à se manifester jusqu'à une époque récente. Il y a à cet égard une espèce qui ne manque pas d'intérêt et qui est en tous points semblable à celle que nous venons de relater. Il s'agissait d'un contrat de vente de bétail passé entre un individu et une femme dotale ; le prix n'avait pas été stipulé dans le contrat et il devait être déterminé par un tiers. En attendant cette fixation, le bétail avait été confié à la femme, mais avant la désignation du tiers, elle avait vendu ce bétail à une autre personne. Le contrat de vente n'avait pu se former par suite de son attitude. La Cour de Cassation a décidé qu'elle devait être déclarée responsable (1).

Le problème qui se posait était le suivant : la femme qui avait reçu le bétail en dépôt était une femme dotale. En disposant de ce bétail, elle avait commis une faute et la question était de savoir si l'on pouvait poursuivre les dommages-intérêts sur ses biens dotaux.

Il y avait sans doute matière à responsabilité pénale ; le fait d'aliéner un bien que l'on tient à titre de dépôt constitue, en

(1) Req. 23 novembre 1885. S. 1886. 1. p. 1.

effet, un abus de confiance réprimé par les art. 405 et 408 du Code Pénal. Mais il y avait aussi une responsabilité civile ; les négociations précontractuelles avaient été rompues par le fait même de l'aliénation. Cette responsabilité était-elle contractuelle ou délictuelle ? Si elle était contractuelle, les biens dotaux étaient insaisissables, la femme étant incapable de contracter ; si elle était délictuelle, il en était autrement, la femme dotale étant responsable sur ses biens dotaux à raison de ses délits et quasi délits. On a tenté d'adopter la seconde solution ; il y avait, en effet, un délit, non seulement civil, mais même pénal, aux termes des articles que nous venons de citer.

Cette opinion n'est cependant pas celle de LABBÉ qui a notamment écrit dans une note accompagnant cet arrêt : « Des règles différentes ont été fixées par le législateur pour la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Dans la responsabilité contractuelle, il distingue suivant qu'il y a ou non dol du débiteur. Cette influence du dol pour déterminer le montant de la responsabilité a-t-il pour effet de transformer sa responsabilité qui n'était que contractuelle en responsabilité délictuelle ?

Non ! En ce cas, le mineur pourrait s'affranchir de son irresponsabilité contractuelle par un dol. LABBÉ concluait donc à l'existence d'une responsabilité contractuelle et il refusait au créancier le droit de poursuivre les dommages-intérêts sur les biens dotaux (1).

Si l'on adopte son opinion, il est nécessaire de dissocier la responsabilité civile et la responsabilité pénale de la femme dotale dont l'espèce dont nous nous occupons. Il y aurait, d'une part, un manquement à une obligation résultant d'une convention préalable qui était celle de conserver le bétail jusqu'à la

(1) V. Note au Sirey, 1886. 1. p. 1 (arrêt précité).

désignation des arbitres ; et d'autre part un acte répréhensible tombant sous le coup de la loi pénale : l'abus de confiance. LABBÉ déclare d'ailleurs qu'il y avait un contrat préparatoire au délit qui était un contrat de dépôt. L'existence de ce contrat devait, d'après lui, faire disparaître le caractère délictuel de la responsabilité et les biens dotaux ne pouvaient être saisis.

Cette controverse qui pouvait avoir une utilité à l'époque où le jugement a été rendu n'en aurait plus aujourd'hui. La jurisprudence est maintenant fixée par un arrêt de la Cour de Cassation rendu en 1907 aux termes duquel toute faute intentionnelle commise par une femme au cours de la formation d'un contrat, donne le droit aux créanciers de saisir les biens dotaux (1).

Lorsqu'il y aura ainsi une convention préalable intervenue au cours de la formation du contrat, il apparaîtra nécessaire pour entraîner une exception à l'insaisissabilité des biens dotaux, qu'il y ait, aux termes de cet arrêt, mauvaise foi de la femme dotale, mais ce sera presque toujours le cas ; il suffit pour cela de se rappeler ce que nous avons dit précédemment (v. *supra*, n° 58). La différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle est ainsi réduite au maximum.

78. Cette tendance de la jurisprudence à se refuser à admettre le caractère contractuel de la responsabilité s'est également manifestée dans un jugement du Tribunal Civil de Versailles du 1^{er} juin 1894 (2). Il s'agissait du cas précédemment cité (v. *supra*, n° 75) d'une personne qui voulait faire construire un immeuble et qui, après avoir demandé à plusieurs entrepre-

(1) Cass. 3 juin 1907, D. 1908. 1. 399.

(2) Tribunal Civil de Versailles, 1^{er} juin 1894, G. P. 1894, 2^e supplément, p. 3.

neurs de dresser des plans, avait traité avec une tierce personne avant même de les avoir examinés. Le tribunal se borne à déclarer qu'il y a là une faute de nature à justifier des dommages-intérêts, sans préciser le caractère de cette faute. A notre avis, il était cependant intervenu une convention tacite. Les entrepreneurs s'engageant à établir des devis et le pollicitant s'engageant à les examiner. Ce dernier avait manqué à son obligation et sa responsabilité se trouvait engagée.

Dans un arrêt plus récent, la Cour de Cassation met davantage en lumière la violation des engagements pris d'un commun accord entre les parties (1). Il s'agissait d'une entreprise qui avait mis en congé l'un de ses employés au mois d'avril 1928, en lui promettant de le convoquer au mois de mai suivant, à l'effet d'entamer des pourparlers pour arriver à un nouveau contrat de travail. L'employé n'avait accepté ce congé, que l'on peut considérer comme le premier acte des négociations à entreprendre en vue d'arriver à la formation du contrat de travail, qu'en considération de l'engagement formel de l'entreprise. Cette dernière retarda sans cesse les nouvelles propositions pour placer son ancien employé dans la nécessité d'accepter une situation très diminuée qu'on lui offrait. La perspective du nouveau contrat de travail le laissait, d'autre part, dans une incertitude l'empêchant de trouver une autre situation. La Cour de Cassation lui accorda des dommages-intérêts : « Attendu, dit-elle... que les Sociétés ont manqué à l'*engagement qu'elles avaient pris* de soumettre à Laveau (c'était l'employé) leurs propositions pendant le mois de mai, et que, d'autre part, par des manœuvres blâmables, elles ont causé un préjudice à Laveau ».

Voici donc un arrêt qui viendrait à l'appui de notre thèse. A

(1) Req. 10 octobre 1931. D. H. 1931, p. 540.

notre avis, cette incertitude de la jurisprudence qui tend à disparaître de nos jours s'explique par la confusion qui a accompagné jusqu'à une époque récente la notion de faute.

Avec la théorie de PLANIOL, nous pouvons dire que chaque fois qu'il y a un engagement préalable, il suffit de constater que le résultat n'est pas atteint pour que la responsabilité soit engagée. Le défendeur devra faire la preuve d'un cas de force majeure, de l'existence d'une faute du demandeur, ou du fait d'un tiers pour s'y soustraire.

Il est d'ailleurs à remarquer que l'existence d'une convention ne fait pas obstacle à l'application dans certains cas des règles relatives au risque que nous avons précédemment examinées.

Pour le comprendre, il suffit de reprendre l'espèce qui a fait l'objet du jugement du Tribunal Civil de Versailles dont nous avons parlé (v. *supra* n° 78).

Si nous supposons que le pollicitant n'avait pas traité avec un tiers, l'entrepreneur qui aurait vu ses devis refusés n'aurait pu réclamer de dommages-intérêts. Il avait participé à une adjudication ; il savait qu'il courait un risque. Cette observation se comprend d'ailleurs et elle ne saurait appeler de plus amples explications.

79. Lorsqu'il y a une convention préalable à la formation du contrat, quels sont les droits de la partie plaignante ? Peut-elle demander l'exécution en nature ou bien doit-elle dans tous les cas réclamer des dommages-intérêts. Au premier abord, cela semble assez facile à résoudre ; il suffit de se reporter aux articles 1142 et 1144 du Code Civil, dont rien ne nous permet d'écarter les dispositions dans le cas qui nous occupe.

Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, dit l'art. 1142, et l'art. 1144 ajoute : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». La juris-

prudence a fait à chacun de ces textes la part qui lui revient en décidant que le créancier d'une obligation de faire n'a le droit de réclamer l'exécution en nature que s'il a la possibilité de l'imposer sans contrainte physique sur le débiteur. La Cour de Cassation en a décidé ainsi dans un arrêt de 1926 (1).

L'art. 1144 paraît ne devoir s'appliquer que très rarement au problème des pourparlers. Par contre, cet article reçoit une application pratique importante dans une matière voisine : les promesses de vente. Si celui qui a consenti une promesse de vente refuse de la réaliser, le bénéficiaire de la promesse peut l'assigner devant le tribunal compétent qui pourra condamner le débiteur à passer l'acte dans un délai déterminé, faute de quoi le jugement tiendra lieu de vente.

Pour ce qui est de la période des négociations, il apparaît assez difficile d'exiger l'exécution forcée de la convention préalable ; la plupart du temps, il faut se contenter d'allouer des dommages-intérêts. Pour le montrer, il suffit de reprendre les exemples que nous avons précédemment indiqués. On peut citer le cas de l'individu qui a traité avec un tiers avant que les devis lui soient fournis, on ne saurait l'obliger à les examiner sans exercer une contrainte physique, cela serait impossible et l'on est bien obligé de réparer le dommage subi par l'allocation de dommages-intérêts.

De même, dans l'exemple de l'arrêt de 1931 (2) on ne pouvait obliger l'employeur à entrer en pourparlers avec l'employé qu'il avait indûment congédié.

L'exécution forcée semble donc se heurter dans la plupart des cas à une impossibilité complète d'application ; il y a cependant un cas qui doit nous faire hésiter : c'est celui prévu par l'art. 1592 du Code Civil que nous avons précédemment

(1) Cass., 19 janvier 1926 (D. H., 1926, p. 115).

(2) V. *supra* N° 78.

examiné. Voici un contrat de vente dont le prix de l'objet a été laissé à l'arbitrage d'un tiers ; l'un des contractants se refuse à la désignation de ce tiers ; l'autre partie peut-elle demander au tribunal d'y procéder. Ce serait un cas d'exécution forcée.

Deux opinions se sont manifestées à ce sujet. D'après la première, la vente demeure valable et en cas de refus de l'une des parties, l'arbitre peut être nommé par la justice. D'après la seconde, les juges n'ont pas le pouvoir de désigner eux-mêmes l'arbitre (1).

Cette dernière opinion nous paraît préférable ; l'arbitre doit être désigné en raison de sa personne, de ses connaissances personnelles ; c'est avant tout une question d'appréciation personnelle aux cocontractants, et le tribunal ne saurait se substituer à eux. Il en serait bien entendu autrement si une clause formelle du contrat avait prévu ce recours à la justice en cas de désaccord.

De même il faut reconnaître aux parties la possibilité, en l'absence d'une telle clause, de recourir au tribunal où même au juge pour référés de désigner l'arbitre, mais à condition qu'elles soient d'accord ou que l'une d'elles s'en rapporte à justice sur la demande de l'autre. Mais en cas de contestation sur le rôle du tribunal ou du juge des référés, cette désignation n'est pas possible.

SECTION 2

Absence de risque d'entreprise et de convention préalable

80. Il se peut qu'au cours de la période contractuelle, il n'existe ni risque d'entreprise, ni contrat préalable. Ce sera,

(1) D. P. Rep. 31 mars 1862, 1862. 1. 242 et la note.

par exemple, le cas d'un particulier qui entre en pourparlers avec un propriétaire pour lui acheter son immeuble ; celui d'un locataire éventuel qui entre en rapport avec un propriétaire ; celui d'un ouvrier qui entre en contact avec un patron pour conclure un contrat de travail. On pourrait multiplier les exemples qui peuvent se manifester dans toutes les branches d'activité de la personne humaine. Il n'y a pas à proprement parler de risque d'entreprise au sens où nous l'avons précédemment entendu ; ainsi les pourparlers ne rentrent pas dans le cadre normal de l'activité de l'employé cherchant du travail ni dans celui du locataire qui cherche un appartement. Si ces pourparlers sont rompus, les parties subissent un dommage que ne subit pas celui qui ne fait que courir un risque d'entreprise. Il n'y a pas davantage de convention car les parties ne se sont obligées en rien, leur liberté est entière, elles peuvent même, tout au moins théoriquement, se refuser à examiner les propositions qui leur sont faites.

Leur responsabilité ne semble donc jamais devoir être mise en jeu. Et cependant, cette opinion nous paraît excessive ; il faut en effet revenir à ce principe, que nous avons précédemment exposé, que par le fait même d'entrer en pourparlers, les parties ne sont plus absolument des tiers.

Une situation spéciale a été créée entre elles ; de cette situation spéciale il naît des obligations ; leur violation constitue la faute génératrice de responsabilité.

Quelles sont ces obligations ? C'est là un point beaucoup plus délicat que dans le problème précédemment examiné où il y avait un résultat à atteindre. Ici ce résultat n'existe pas, les obligations dont nous voulons parler pourraient se résumer en une règle générale qui est celle de se bien conduire. En d'autres termes, ces obligations ne sont autres que celles qui

nous sont imposées par la bonne foi, l'équité, les bonnes mœurs, les usages commerciaux, etc...

81. Nous pourrions ne pas aller plus loin car l'énoncé de ce principe nous montre la rupture des pourparlers comme un aspect général du problème de la responsabilité.

De même que la présence d'une foule impose à un automobiliste une prudence, une diligence qu'il n'aurait pas à observer en pleine campagne sur une route nationale, de même l'existence de négociations entreprises impose des obligations qui n'existent pas entre des tiers.

La détermination de ces obligations est un travail délicat pour les tribunaux ; elle se fera par la comparaison de la situation qui leur est soumise à celle d'un homme normalement prudent, normalement diligent, placé dans les mêmes circonstances. Les juges sont d'ailleurs souvent amenés à faire des travaux aussi complexes en matière de responsabilité comme dans celle qui pèse sur les médecins.

82. Malgré ce principe qui pourrait suffire, nous allons essayer de dégager quelques règles générales pouvant aider la recherche.

Il y a, à cet égard un arrêt de la Cour de Rennes rendu en 1929 (1) qui met en lumière quelques principes qui nous paraissent devoir être retenus.

Il s'agissait d'un notaire qui avait promis à l'un de ses clercs de lui céder son étude. L'attitude de ce notaire était telle que le clerc pouvait compter d'une façon absolue sur la réalisation du contrat. Il lui avait laissé la direction de son étude et il le présentait comme son successeur dans tout son entourage. Il l'avait même aidé à acquérir une maison pour se loger après la cession de l'office ; le clerc avait acheté une automobile et un

(1) Rennes, 8 juillet 1929, D. H., 1929. 548.

coffre-fort ; des dépenses considérables avaient ainsi été engagées. Le notaire lui avait même laissé l'acte de cession et lorsque ce dernier fut prêt, il compit abusivement les pourparlers en prétextant de relations qu'il accusait son clerc d'avoir eues avec une domestique.

Sur la demande en dommages-intérêts introduite par le clerc, le notaire soutint qu'il n'avait à être tenu d'aucune obligation en alléguant qu'il ne s'était pas engagé définitivement. La Cour de Rennes n'en a pas décidé ainsi.

Les considérants de l'arrêt doivent d'ailleurs être énoncés, car ils sont aussi complets que possible sur toute la matière des pourparlers.

Considérant, dit la Cour, que la promesse fallacieuse de consentir une convention peut, sans qu'elle oblige contractuellement le promettant, *constituer une faute délictuelle*.

Considérant que les moyens de prouver cette *faute* qui n'est que *génératrice de dommages-intérêts*, ne se confond pas nécessairement avec les modes de preuve du contrat seulement projeté.

Considérant que si, pour les contrats purement consensuels, les conditions de preuve de la promesse peuvent être les mêmes que ceux du contrat lui-même, c'est que précisément, en cette hypothèse, le consentement suffit pour que la convention soit parfaite. Que la promesse, par suite, équivaut au contrat et a les mêmes effets obligatoires.

Considérant qu'il ne peut en être de même pour les contrats solennels ou soumis à des formes particulières, que la promesse ne vaut pas convention, que la promesse a le caractère d'un simple fait qui peut, le cas échéant, constituer un quasi délit.

Considérant que la preuve d'un fait échappe aux règles de la preuve des contrats.

Considérant que, bien plus, une promesse qui non seulement n'engagerait que par des modes de preuve particulière, mais *qui même prouvée ne serait pas obligatoire, peut encore, si elle a été faite de mauvaise foi ou imprudemment donner lieu à des dommages-intérêts.*

Considérant que c'est ainsi qu'une jurisprudence constante sanctionne par l'allocation de dommages-intérêts, la rupture abusive d'une promesse de mariage qu'on ne peut cependant jamais si prouvée et reconnue qu'elle soit, être contraint de réaliser.

Considérant qu'à fortiori, aucun principe n'interdit d'établir qu'une partie a fait miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et a ensuite, par caprice, refusé de la réaliser.

Considérant que la faute sera moins dans l'inexécution de la promesse, laquelle n'a créé aucun lien contractuel que dans le fait de la promesse elle-même inconsidérément faite.

Considérant que cette distinction n'est pas purement verbale et absolument théorique.

Considérant qu'elle permet de dégager la base de dommages-intérêts en la limitant aux principes qui en justifient l'allocation.

Considérant qu'on ne devra pas tenir compte des avantages dont la partie lésée a été privée, par la non réalisation de la convention, ce qui, indirectement, rendrait cette convention obligatoire, mais uniquement du préjudice acquis, c'est-à-dire des dépenses et dérangements que la promesse non tenue a provoqués, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné. Par ces motifs...

83. De ces considérants, nous laissons de côté pour l'instant tous ceux qui ont trait à la preuve ; nous y reviendrons prochainement.

Le point qui nous paraît surtout essentiel est celui où la Cour considère qu'une promesse de contracter faite imprudemment ou de mauvaise foi peut engendrer cette responsabilité. En quoi consiste cette mauvaise foi ? La Cour de Rennes nous le dit elle-même ; c'est, dit-elle, le fait de faire miroiter aux yeux de l'autre partie, l'espérance d'une convention et de refuser ensuite de la réaliser, par caprice.

La Cour semble avoir été impressionnée par le montant très élevé des dépenses engagées par le demandeur ; le défendeur qui, non seulement connaissait le montant de ces dépenses, mais avait lui-même engagé son clerc à les faire avait commis une véritable faute délictuelle dont il devait répondre. Il aurait agi prudemment en avertissant l'autre partie qu'il entendait conserver toute sa liberté.

On peut d'ailleurs systématiser tout cela en un principe qui est le suivant : « *Lorsque les dépenses engagées sont supérieures à celles qui le sont normalement en vue d'arriver à la conclusion d'un contrat déterminé, la personne qui connaît ces dépenses sans avoir une intention sérieuse de contracter, viole cette obligation générale d'équité qui doit présider à la formation des contrats.* »

Le principe étant posé, on n'est pas pour cela sorti des difficultés. Il faudra, en effet, déterminer quels sont les éléments qui doivent composer les dépenses normales. Ce sera surtout un cas d'espèce, une question d'appréciation.

Voilà une personne qui habite Paris ; elle se met en rapport avec une autre qui demeure en province et qui a manifesté dans son entourage l'intention de vendre un terrain. Elle entreprend un voyage et à la suite d'une prise de contact, le pollicitant retire sa proposition. Des dommages-intérêts seront-ils dus ? Nous ne le pensons pas. La personne qui a entrepris le voyage ne connaissait pas l'autre partie, elle ne pouvait pas.

encore compter sur la conclusion du contrat ; en exposant de tels frais, elle a agi à ses risques et périls. La prudence lui commandait de correspondre avec l'autre partie, de s'entourer de renseignements pour savoir si l'offre était sérieuse ; elle ne le fait pas, elle doit en subir les conséquences.

Il en serait autrement si la proposition avait été faite par voie d'affiches ou par un moyen de publicité quelconque. Celui qui, sur le vu d'une telle publicité, entreprendrait un voyage, serait en droit de demander des dommages-intérêts si, à son arrivée, l'offrant entendait retirer son offre, pour une raison purement personnelle.

Hors ce cas spécial où la pollicitation a créé une confiance légitime par la voie de la publicité, le remboursement des frais de voyage ne peut pas être réclamé car ils ne constituent qu'une dépense normale engagée aux risques et périls de celui qui veut contracter.

84. Mais si au lieu de dépenses normales, des frais considérables ont été engagés, quelle doit être la solution ?

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Rennes, l'attitude du notaire avait créé une confiance absolue dans la réalisation de l'acte ; mais nous ne croyons pas qu'une assurance aussi poussée soit indispensable pour que la responsabilité puisse être encourue. Il suffit que la partie à qui la rupture est reprochée, ait eu connaissance des dépenses considérables engagées, et qu'elle n'ait pas averti l'autre partie de la liberté qu'elle entendait conserver de retirer sa pollicitation, pour un motif quelconque (nous verrons en effet, que le retrait inspiré de considérations purement économiques ne saurait être une source de responsabilité).

La bonne foi, les usages lui commandaient de le faire ; en ne prévenant pas son cocontractant, elle a commis une faute dont elle doit répondre.

Sa responsabilité n'est d'ailleurs pas la seule ; la prudence commandait aussi à l'autre partie de demander un engagement définitif avant de faire de telles dépenses ; elle a aussi commis une faute et il paraît équitable de partager la responsabilité. Nous étions d'ailleurs arrivé à la même solution dans le cas du risque d'entreprise.

Les solutions que nous proposons sont purement empiriques. Tout dépend de l'attitude des parties ; la responsabilité doit varier avec cette attitude. Le principe que nous avons posé n'a rien d'absolu ; ce n'est qu'une proposition commode pour permettre de guider cette étude. Il ne faut pas faire dire aux textes et à la jurisprudence ce qu'ils n'ont pas voulu dire. Nous devons même ajouter qu'il est heureux que nos tribunaux ne voient pas leurs décisions strictement limitées par les textes. Cela leur permet de s'adapter aux situations pratiques qui leur sont soumises. Les solutions que nous avons proposées et même celle de la Cour de Rennes peuvent être critiquées dans la même mesure que celles qui peuvent trancher un litige relatif à un accident ou à une responsabilité professionnelle.

Nous sommes en présence d'une matière où le casuisme juridique est plus utile que les principes absolus.

85. A côté de ce premier cas de rupture, il en est un second qui doit tout au moins, dans certaines circonstances donner naissance à la responsabilité. La Cour de Rennes nous l'indique aussi : *c'est celui de refuser la réalisation du contrat par pur caprice, pour des raisons qui sont tout à fait étrangères ou qui ne sont qu'accessoire.*

Nous pouvons, à cet égard, revenir sur un exemple dont nous avons déjà parlé. Plusieurs personnes sont en pourparlers pour former une société par intérêts. Elles sont sur le point d'aboutir, l'accord est fait sur le but de la société, sur les apports, sur les procédés d'exploitation ; il ne reste plus qu'à déterminer le

siège social. L'un des futurs associés propose un local, un autre refuse et déclare rompre les pourparlers. Doit-il être déclaré responsable ? C'est encore une question d'appréciation. Si son refus est purement capricieux, s'il est, par exemple motivé par le fait que sa demeure est trop éloignée de ce siège social, nous croyons pouvoir répondre affirmativement. Les futurs associés étaient sur le point d'aboutir ; il existait entre eux une confiance suffisamment grande qui devait exclure un tel retrait. Si, au contraire, la rupture est inspirée par le souci de voir la future société prospérer ; si, par exemple, l'auteur de cette rupture considère que le siège social qui lui est proposé est dans une mauvaise situation au point de vue de la clientèle, il en est tout autrement ; son retrait ne s'inspire plus par des considérations étrangères au contrat proposé, il apparaît légitime et il ne doit plus être condamné.

De même, pour reprendre l'arrêt de la Cour de Rennes, si les prétendues relations invoquées par le notaire étaient réelles, si elles avaient été suivies au point de compromettre la bonne réputation de son successeur, et qu'ainsi il ait pu craindre de ne pas être payé intégralement de son étude par suite de la diminution d'affaires, son attitude ne serait pas blâmable et il n'y aurait pas lieu de la condamner. (En supposant, bien entendu, qu'il n'ait eu connaissance de ces relations qu'après avoir laissé engager les dépenses, ce qui n'était pas le cas).

86. Ces quelques notions nous permettent d'aboutir à une conclusion qui est bien près des principes de FAGGELLA. La responsabilité n'est encourue que s'il y a un retrait arbitraire, disait-il ; nous pensons aller plus loin en indiquant qu'il est nécessaire que ce retrait soit de mauvaise foi, contraire à la prudence, à l'équité, aux usages.

Cette observation nous conduit à écarter la responsabilité lorsque les divergences portent uniquement sur des intérêts

économiques. L'équité commande, en effet, des respecter la liberté contractuelle ; cela est socialement utile pour permettre l'équilibre normal des forces économiques (1).

Cela est d'ailleurs admis par tous les auteurs et l'évidence de cette proposition se justifie comme elle se justifiait dans le cas du risque d'entreprise. Il suffit de regarder autour de nous pour nous en rendre compte.

Une personne en rapport avec une Compagnie d'assurances en vue de souscrire une police ne saurait demander des dommages-intérêts lorsque la Compagnie rompt les négociations pour une question de tarifs.

De même l'acquéreur éventuel d'un fonds de commerce ne saurait reprocher au vendeur d'avoir traité avec un tiers qui lui offrait des conditions plus avantageuses.

Ces quelques exemples suffisent à montrer que la liberté contractuelle doit demeurer le principe essentiel, la responsabilité n'est qu'une exception que l'on ne doit admettre qu'avec la plus grande prudence.

Cette conclusion ressemble ainsi en bien des points à celle que nous avons précédemment élaborée, lorsque le demandeur en dommages-intérêts avait couru un risque. La responsabilité n'est qu'exceptionnelle dans les deux cas. Mais lorsqu'un tel risque existait, nous avons vu que l'on ne pouvait l'admettre que si celui à qui on la reprochait avait commis un véritable abus de droit. Le champ de cette responsabilité nous paraît devoir être élargi lorsque ce risque n'existe pas. La notion d'abus de droit est des plus étroites ; elle est caractérisée, soit par une intention de nuire véritable, soit par un détournement de la liberté contractuelle de son véritable but. Ici l'on doit

(1) F. Génv : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 579 et suiv.

également admettre la responsabilité s'il y a abus de droit ; mais ce n'est pas la seule condition pour qu'il en soit ainsi. Il suffit qu'il y ait la mauvaise foi, le manque de respect des usages, ou bien que la confiance légitime de l'une des parties ait été trompée.

Cette distinction n'est d'ailleurs pas purement arbitraire ; la partie qui se plaint d'une rupture dans le cas que nous examinons éprouve un dommage que n'éprouve pas celui qui a couru un simple risque. Il est donc normal que l'on soit plus sévère avec l'auteur de cette rupture. Au contraire, dans le cas de risque, les conditions économiques modernes exigent la plus grande liberté possible, la responsabilité ne doit être admise que s'il y a une faute grave constitutive d'un abus de droit.

Cette distinction entre la simple faute et l'abus de droit est délicate à faire, et l'on pourrait reprocher à une telle opinion d'aboutir à une distinction bien difficile à mettre en pratique. Une telle critique ne manquerait pas de force, mais elle n'est pas inhérente à la matière des pourparlers.

Elle peut s'appliquer à tout problème de responsabilité. Dans le cas de risque, la possibilité de rompre est un droit dont seul l'usage abusif doit donner lieu à des dommages-intérêts ; lorsqu'il n'y a pas de risque, ce droit de rompre n'existe pas toujours ; tout dépend de l'espèce soumise au Tribunal qui doit dégager la faute en comparant la conduite des parties à celle d'un homme normalement prudent placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. Cela étendra davantage le champ de la responsabilité.

SECTION 3

La nature de la responsabilité

87. La responsabilité qui incombe aux parties est-elle délictuelle ou contractuelle ? Il y a là un problème qui a attiré l'at-

tention de la doctrine française ; nous l'avons vu par ailleurs au cours de la seconde partie de notre étude où nous avons pu opposer la doctrine de LABBÉ qui adopte la première solution, à celle de PLANIOL qui adopte la seconde.

Nous ne pensons d'ailleurs pas avoir à nous attarder par trop longtemps sur cette question. Si les frontières de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle étaient bien tracées, il nous faudrait dire qu'elle est contractuelle si elle résultait de l'inexécution d'une obligation contractée par les parties au cours des négociations ; elle serait délictuelle dans le cas contraire.

Mais la distinction entre les deux catégories de responsabilité nous apparaît comme des plus difficiles à établir ; la différence dans les conséquences qu'elles entraînent est pour ainsi dire inexistante. Les théories les plus modernes tendent à les confondre. La distinction qui avait été consacrée jusqu'à ces derniers temps par les auteurs est fortement battue en brèche par les auteurs contemporains. C'est d'ailleurs une question qui dépasse le problème des pourparlers ; elle s'applique à la responsabilité en général. Néanmoins, elle mérite d'être étudiée car elle a déjà posé aux tribunaux des problèmes ayant trait à la période précontractuelle (1).

88. *La responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle ont toutes deux leur source dans la loi.*

On a prétendu que la responsabilité contractuelle avait sa source dans le contrat, alors que la responsabilité délictuelle aurait sa source dans la loi.

Cette observation apparaît tout d'abord fondée et cependant, il n'en est rien : la responsabilité contractuelle comme la responsabilité délictuelle a sa source dans la loi. Sans doute, à

(1) V. *supra* N° 77.

l'origine, y a-t-il bien un contrat, mais lorsque ce contrat n'est pas respecté, c'est bien la loi et non la convention des parties qui impose la réparation du préjudice causé. Cette réparation est imposée, elle est inscrite dans le Code Civil, notamment dans l'article 1147. L'origine des deux fautes est sans doute différente ; d'une part, celle de la faute contractuelle est dans la violation d'une obligation volontairement contractée par les parties ; d'autre part, celle de la faute délictuelle est dans la violation de principes imposés par la loi ; mais dans les deux cas, c'est la loi qui impose la réparation.

89. *La faute contractuelle et la faute délictuelle doivent toujours être prouvées.*

Certains auteurs partisans de la dualité des responsabilités, ont prétendu que la faute délictuelle devait être prouvée, alors que la faute contractuelle serait présumée. Ils invoquent à l'appui de leur théorie l'art. 1147 du Code Civil aux termes duquel « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». Les partisans de la dualité des fautes se servent de ce texte pour dire que la faute contractuelle est présumée alors que la faute délictuelle devrait être prouvée. Cela ne nous paraît pas exact et dans les deux cas, il faut faire la preuve de la faute. Pour le comprendre, il est nécessaire de reprendre la théorie de PLANIOL qui voit dans toute faute la violation d'une obligation préexistante. S'il y a une obligation entre les parties, cette preuve sera facile à faire, il y a un résultat à atteindre, il suffit de démontrer qu'il ne l'est pas ; la responsabilité est engagée, à moins que le débiteur soit de bonne foi et excipe d'une cause qui lui est étrangère.

S'il n'y a pas de contrat, la preuve devient beaucoup plus

difficile car il est nécessaire de déterminer quel est le contenu de l'obligation. La prétendue différence n'a donc rien à voir avec la nécessité de prouver la faute ; elle ne s'applique qu'à une difficulté de preuve.

Il se peut d'ailleurs que même en matière contractuelle, la preuve soit plus délicate. C'est le cas des responsabilités professionnelles, comme celle des médecins ; il y a cependant bien une convention entre le médecin et le malade, et nul ne saurait soutenir que le médecin est présumé responsable par le seul fait de cette convention ; si le malade se plaint des soins qu'il lui a donnés, il est nécessaire qu'il démontre l'existence d'une faute. Inversement, il se peut qu'en l'absence de convention, la faute soit facile à prouver, notamment s'il y a eu manquement à une obligation légale.

A cette distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle, nous préférons la distinction de M. DEMOGUE (1) et de M. VAN RYN (2) entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Les premières sont celles qui ne sont définies, ni par la convention des parties, ni par aucun texte légal ; ce sont des obligations plus ou moins vagues, l'obligation de se montrer prudent, diligent, etc... Au contraire, les secondes sont celles qui sont imposées par un texte ou un contrat, comme l'obligation du transporteur.

En ce qui concerne la question des négociations, l'obligation sera de résultat, s'il y a une convention préalable, ou bien de moyens s'il n'y en a pas. Dans tous les cas, il sera nécessaire de fournir une preuve.

90. *La faute s'apprécie de la même manière en matière de*

(1) Demogue : *Obligations*, v. N° 1327.

(2) Van Ryn : *Ouvr. cit.*, N° 14, p. 15.

responsabilité délictuelle comme en matière de responsabilité contractuelle.

Les partisans de la dualité des fautes prétendent qu'en matière délictuelle, toute faute, si légère soit-elle entraînerait la responsabilité, l'art 1382 du Code Civil ne distinguant pas.

En matière contractuelle, il en serait autrement. A cet égard, ils se fondent sur l'art. 1137 du Code Civil : « l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue, relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent ». D'après ce texte, la responsabilité ne serait encourue en matière contractuelle que si la faute présentait une certaine gravité variant suivant les contrats. Ici encore, cette dualité soutenue par les auteurs ne se justifie pas. Il faut reprendre une fois de plus la distinction entre les obligations de résultat et les obligations de moyens. Pour les premières, il n'y a pas de difficulté et les tribunaux n'ont nullement à se préoccuper de la gravité de la faute ; du moment que le résultat n'a pas été atteint, la faute se trouve démontrée. S'il y a une obligation de moyens, il faut déterminer le contenu de l'obligation préexistante pour prouver la faute, et c'est bien ce que l'art. 1137 du Code Civil paraît avoir voulu dire lorsqu'il déclare : « l'obligation de veiller à la conservation de la chose soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Mais *cette obligation est plus ou moins étendue* relativement à certains contrats ». Ce qu'il faut donc déterminer, c'est bien l'étendue de l'obligation ; mais une fois cette dernière précisée, si le débiteur n'a pas exécuté cette obligation, il sera en faute.

Il semble donc bien que l'art. 1137 n'a voulu établir aucune distinction ; il n'a aucun rapport avec la classification bien connue des trois fautes : lourde, légère et très légère, dont parlait POTHIER et dont il y avait lieu de tenir compte suivant que le contrat était fait dans l'intérêt exclusif du créancier, dans l'intérêt réciproque des parties ou dans le seul intérêt du débiteur (1).

91. Tout cela, au premier abord, semble fort éloigné de la question des pourparlers ; cependant, il nous a paru indispensable de le mettre en lumière. La raison en est fort simple : au cours de l'étude que nous avons faite sur les différentes théories émises en la matière, nous avons pu observer que ce qui avait surtout préoccupé les auteurs, c'était le caractère délictuel ou contractuel de la responsabilité ; avec les auteurs contemporains, dont beaucoup admettent les idées que nous venons de dégager sur l'unité de la responsabilité, la question disparaît.

Le plus surprenant, c'est que les auteurs plus anciens, et notamment JEHRING, ont consacré la plus grande partie de leurs développements à ce caractère de la responsabilité, sans bien dégager dans quelles circonstances elle devait être mise en jeu. Cependant il semble bien que c'était là la question primordiale. Il ne suffit pas de dire qu'il y a une convention tacite ou un pacte de garantie qui gouvernent les négociations ; il faut en déterminer le contenu.

Tous les auteurs sont au fond d'accord pour reconnaître l'existence d'une responsabilité ; tous reconnaissent que le fondement de cette responsabilité se trouve dans l'existence d'une situation spéciale, se rattachant à la proposition de contrat,

(1) En ce sens, v. Cass. 9 mai 1916. S. 1918. 1. 77.

En sens contraire Cass. 11 janvier 1922, 9. 1922. 1. 17.

mais aucun d'eux ne précise, si ce n'est FAGGELLA, quelles sont les obligations que cette situation fait naître.

Il subsiste, malgré tout, une petite difficulté, la loi attachant à la responsabilité contractuelle et à la responsabilité délictuelle deux conséquences différentes :

La première est relative au préjudice subi. La réparation de ce préjudice est intégrale si la responsabilité est délictuelle ; elle se limite aux dommages-intérêts prévus par les parties au moment de la convention si elle est contractuelle. Nous réservons ce premier point pour le moment, nous y reviendrons bientôt et nous verrons qu'en ce qui concerne les pourparlers, cette différence est des plus minimes. La seconde est relative à la nécessité de la mise en demeure lorsque la responsabilité est contractuelle. L'on peut se demander si cette mise en demeure n'est pas indispensable pour obtenir des dommages-intérêts, lorsqu'il y a une convention entre les parties en pourparlers. Un premier point apparaît certain : lorsque l'inexécution de cette convention est certaine, la mise en demeure n'est pas nécessaire. Ce sera le cas le plus fréquent, et pour le montrer, il suffit de reprendre les exemples que nous avons précédemment indiqués. Voici un individu qui s'est adressé à plusieurs entrepreneurs pour qu'ils établissent des devis et participent à une adjudication de travaux ; il prend l'initiative d'un véritable concours, mais il rompt cet engagement en traitant avec un tiers. Il n'a pas exécuté son obligation ; il devra des dommages-intérêts sans qu'il soit nécessaire de le mettre en demeure. On a parfois soutenu le contraire, mais sans nous arrêter outre mesure sur cette question qui intéresse le problème de la responsabilité contractuelle en général, nous pouvons appuyer notre opinion sur l'article 1145 du Code Civil qui déclare que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention ». Dans

l'exemple que nous venons de citer, le pollicitant avait tacitement ou expressément pris l'engagement de ne pas traiter avec un tiers avant l'adjudication ; il n'a pas rempli cet engagement, il doit donc être déclaré responsable ; la mise en demeure est inutile.

Il n'y a guère qu'un seul cas où une difficulté pourrait se poser, et c'est d'ailleurs une question purement théorique : c'est celui visé par l'art. 1592 du Code Civil relatif à la vente différée jusqu'à la détermination du prix par des arbitres. La partie qui se refuse à désigner les arbitres doit-elle des dommages-intérêts si elle n'est pas en demeure ? Nous pensons que non, car l'inexécution de son engagement ne deviendra certaine que si la mise en demeure est restée sans effets ; cette opinion est d'ailleurs conforme à l'art. 1146 du Code Civil. La question est d'ailleurs délicate. Si elle se refuse à agréer tous les arbitres qui lui sont présentés sans qu'elle ait été mise régulièrement en demeure, l'autre partie pourra considérer les négociations comme rompues et l'assigner en dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts réclamés sont des dommages-intérêts compensatoires ; l'adversaire pourra-t-il exciper du défaut de mise en demeure à l'appui de sa défense ? La Cour de Cassation se prononce affirmativement dans un autre cas (1). La question est d'ailleurs discutée par un grand nombre d'auteurs ; nous n'avons pas à entrer dans ces discussions qui sont du domaine de la responsabilité en général. Il ne s'agit, au fond, que de problèmes tout à fait théoriques et il n'y a pas à notre connaissance de décision de jurisprudence les concernant.

Nous nous sommes bornés à les signaler uniquement pour montrer un aspect général des difficultés que pourrait soulever le caractère de la responsabilité, encourue dans les négocia-

(1) Cass. 13 avril 1923, S. 1926. 1. 17.

tions. Nous avons montré que c'est surtout à ce problème que les auteurs avaient consacré leurs théories, alors qu'au fond, le caractère de la responsabilité importe peu.

Les seules conséquences que cela pourrait avoir ne sont que des subtilités sans portée pratique véritable.

92. A cette question du caractère de la responsabilité se rattache celle de la responsabilité des incapables. Dans quelle mesure les incapables seront-ils responsables au cours de la période précontractuelle ? Les règles ordinaires de la responsabilité les concernant devront s'appliquer en pareil cas. S'il n'y a pas de convention préalable, il faut admettre leur responsabilité, car l'incapable répond de ses délits et quasi-délits. Les règles relatives à la responsabilité des autres individus s'appliqueront également à eux. La question n'est plus la même lorsqu'il y a une convention préalable car l'incapable n'est pas responsable de ses contrats et quasi-contrats. Cette règle est bien exacte, mais il n'y a là aucune différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Lorsqu'un incapable s'engage sans les autorisations nécessaires, son engagement n'est pas valable et il ne saurait en répondre ; mais si ces autorisations ont été données, l'engagement est parfaitement valable et la responsabilité qui peut lui incomber pour ne l'avoir pas rempli, est la même que celle des autres personnes. A défaut d'autorisation, l'incapable ne peut être déclaré responsable que s'il est rendu coupable d'un dol.

Pour ce qui est des pourparlers, l'incapable devra être déclaré responsable. Il n'y a qu'un cas où il ne le sera pas : c'est lorsqu'une convention a été conclue sans qu'il soit dûment habilité et encore à condition qu'il ne se soit pas rendu coupable de dol.

Il ne semble pas y avoir de difficultés sur ces points ; il en subsiste cependant une en ce qui concerne la femme dotale.

Lorsqu'une femme dotale rompt un engagement qu'elle a contracté au cours des négociations, le créancier de dommages-intérêts peut-il poursuivre le recouvrement de sa créance sur les biens dotaux ? Dans un précédent arrêt que nous avons eu l'occasion de relater (1) où il s'agissait d'une femme dotale qui avait disposé de biens qu'elle détenait en vertu d'un contrat de vente jusqu'à l'estimation qui devait en être faite par des experts, nous avons vu la jurisprudence déclarer que le créancier de dommages-intérêts pouvait saisir les biens dotaux. La Cour de Cassation déclarait en effet qu'il n'y avait pas une faute contractuelle, mais un délit dont la femme devait répondre sur tous ses biens.

LABBÉ a critiqué cette tendance de la jurisprudence en faisant remarquer qu'il suffisait à la femme de commettre un délit pour faire échec à l'insaisissabilité des biens dotaux. L'objection est évidemment d'importance. Ici, il n'est pas question d'autorisation car, sauf stipulation contraire au contrat de mariage, nul n'a qualité pour engager les biens dotaux.

Malgré tout, nous ne pensons pas devoir adopter l'opinion de LABBÉ. Dans l'espèce qui fait l'objet de l'arrêt, il n'y avait pas seulement un manquement à une obligation ; il y avait aussi une faute intentionnelle, une véritable mauvaise foi et la cour a fort bien jugé car sans cela, la femme auteur du délit aurait pu le connaître en s'abritant derrière le régime dotal pour préserver une partie de ses biens : ç'eût été une injustice.

Mais s'il n'y a pas faute intentionnelle, s'il y a, par exemple, une simple erreur, la solution n'est plus la même et les biens dotaux ne peuvent être saisis. La Cour de Cassation en a décidé ainsi dans un arrêt du 7 janvier 1907 (2).

(1) V. supra N° 77.

(2) Cass. 7 janvier 1907. D. 1908. 1. 399.

Finalement, la jurisprudence ne déclarerait jamais la femme dotale responsable sur ses biens dotaux pour des faits répréhensibles commis pendant la période précontractuelle ; il n'en serait autrement que lorsqu'il y aurait ou mauvaise foi, ou manœuvres dolosives, ou faute intentionnelle.

CHAPITRE II

LE MONTANT DES DOMMAGES-INTERETS

93. Nous avons jusqu'ici étudié dans quelles conditions la responsabilité précontractuelle pouvait être encourue ; nous nous sommes ensuite occupés du caractère de cette responsabilité. Il nous reste maintenant à étudier l'étendue du dommage qui devra être prise en considération pour fixer le montant de la réparation.

Cette question apparaît d'ailleurs beaucoup moins délicate que les précédentes ; les problèmes qu'elle soulève semblent devoir se résoudre par les principes généraux de notre Code Civil en matière de responsabilité.

Un premier point ne souffre aucune difficulté : il s'agit de la réparation en nature qui n'est pas possible ; les pourparlers ont lieu sous l'égide de la liberté et l'on ne voit pas comment les tribunaux pourraient imposer à deux individus de conclure un contrat alors qu'il n'existe entre eux aucun engagement réciproque. Cette affirmation n'est cependant pas aussi évidente lorsqu'il existe une convention entre les personnes en négociation ; à cet égard, nous avons pu montrer les difficultés que

pouvait soulever l'application de l'art. 1592 du Code Civil (1), mais ce n'est qu'une exception et dans l'ensemble, l'exécution en nature est impossible.

Un autre point sur lequel nous nous sommes déjà expliqué est celui où l'un des futurs contractants n'a couru qu'un risque dont il avait connaissance. Nous avons donné les raisons pour lesquelles il n'y avait pas lieu d'allouer de dommages-intérêts (2). Mais lorsqu'une réparation sera due, sur quel principe doit-on se fonder pour en déterminer l'étendue ? Ici encore, il nous paraît nécessaire de distinguer suivant qu'il y a ou non une convention préalable liant les parties. S'il n'y en a pas, il faut appliquer l'art. 1382 ; si, au contraire, il en existe une, ce sont les art. 1150 et suivants du Code Civil qui doivent être mis en œuvre.

94. Dans le premier cas ce qu'il faut prendre en considération, c'est le rapport de cause à effet entre la faute et le dommage. Tout dommage dont le lien sera certain avec les faits reprochés devra entrer en ligne de compte. C'est là un principe général à toute la responsabilité délictuelle et rien ne nous autorise à nous en départir dans le problème que nous étudions.

Les dommages-intérêts devront comprendre les dépenses entreprises, les frais de voyage ; le lien de causalité apparaît ici très nettement et il n'y a aucune difficulté.

La question devient plus délicate lorsqu'il s'agit des avantages que l'on devrait retirer du contrat. Ces avantages doivent-ils entrer en ligne de compte ? Nous avons vu que la Cour de Rennes s'était prononcée pour la négative (3) car, dit-elle, cela reviendrait à rendre obligatoire une convention qui n'a pas été conclue.

(1) V. supra N° 79.

(2) V. supra N° 72.

(3) V. supra N° 82.

Cette opinion nous paraît d'ailleurs beaucoup trop absolue ; ce qu'une fois de plus, il faut prendre en considération, c'est le lien de causalité entre la faute et le dommage. Si les avantages qui auraient été retirés de la conclusion du contrat étaient absolument certains, il n'y a pas de raison de ne pas en tenir compte. Cela d'ailleurs est très naturel. Quel est en effet le but de l'art. 1382 ? c'est de réparer un préjudice en remettant la victime dans la situation où elle se serait trouvée s'il ne s'était pas produit.

La Cour de Rennes semble d'ailleurs en contradiction avec elle-même ; elle admet qu'il y a faute par le fait d'une promesse inconsidérément faite ; elle devait donc étendre la réparation à tout ce qui était la conséquence directe de cette faute. Peut-être n'y avait-il pas lieu dans l'espèce qui lui était soumise de tenir compte de l'avantage qui aurait été retiré du contrat, mais cela tenait uniquement au fait que cet avantage était absolument incertain ; la solution qu'elle adopte ne saurait poser pour principe général que les avantages qu'aurait procuré le contrat doivent dans tous les cas être écartés, principe que la Cour adopte dans l'un des considérants de son arrêt. Elle nous dit que cela reviendrait à rendre la convention en formation obligatoire. Cela est inexact, car il n'y aura jamais qu'une exécution par équivalent ; les avantages certains seront les mêmes que si la convention avait abouti. Mais cela n'a absolument rien de contraire à l'art. 1382.

Prenons un exemple : Je suis en pourparlers avec un fabricant pour la fourniture d'objets qui devaient m'être livrés pour me permettre de les montrer à un stand d'une exposition. Le contrat échoue dans des conditions telles que la responsabilité du fabricant est engagée. Cette rupture me cause un préjudice et elle a pour résultat de me faire manquer un très important marché que j'aurai conclu ; il s'agissait par exemple pour moi

d'une occasion inespérée d'augmenter dans de larges proportions le volume de mes affaires. Je réclame des dommages-intérêts. Ai-je le droit de faire entrer dans leur calcul les avantages que m'aurait procuré le marché résilié ? Tout dépendra : il se peut que ce marché n'ait pas été certain ; il se peut aussi que j'aie eu le temps de traiter avec un tiers ; en ce cas, la perte de bénéfice pour laquelle je demande réparation n'est pas certaine et il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Si, au contraire, la rupture intervient à la dernière minute, dans des conditions telles qu'elle me met dans l'impossibilité de me mettre en rapport avec un autre fabricant ; si, d'autre part, j'avais la certitude que le marché aurait été conclu ; si par exemple, mon cocontractant avait signé un engagement, à ce moment le dommage éprouvé du fait de la résiliation du marché, la perte des avantages que j'en aurais tiré sont certains ; ils doivent entrer en ligne de compte dans le calcul des dommages-intérêts.

95. Ces solutions qui s'inspirent de l'art. 1382 ne sont cependant pas sans faire naître une difficulté.

Reprenons notre exemple. Supposons que les pourparlers engagés avec le fabricant aient abouti. Le contrat avait été conclu, mais le fabricant ne l'avait pas exécuté. Des dommages-intérêts vont lui être réclamés, mais cette fois-ci, ce ne sera plus en vertu de l'art. 1382, mais en vertu de l'art. 1150 du Code Civil. Pourra-t-on tenir compte des avantages qui auraient été retirés du marché qui n'a pas été passé ? Nous ne le croyons pas, car il y a là un dommage qui n'avait pas été prévu au moment de la conclusion du contrat. Le fabricant avait bien pu prévoir que je subirais un préjudice du fait des affaires que j'allais manquer. Mais seules, les affaires en rapport avec celles que je fais habituellement avaient pu être prises en considération. Il n'en avait pas été de même des grosses affaires tout à fait inespérées. L'art. 1150 du Code Civil ne m'alloue pas de

dommages-intérêts pour la privation de bénéfice que j'ai subie par suite de la résiliation de ce marché important (1).

La responsabilité du fabricant est donc plus grande au cours de la période précontractuelle qu'après la conclusion du contrat. Il y a là une anomalie tout à fait regrettable ; et c'est cependant bien à cela que l'on aboutit en appliquant les art. 1382 et 1150. C'est là une différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle établie par le Code Civil ; elle est fâcheuse et à notre avis, elle pourrait disparaître sans inconvénients.

Fort heureusement, il est possible d'y remédier en pratique. Dans l'exemple précédemment cité, si avant l'exposition, j'étais absolument sûr de passer le marché, j'avais la possibilité d'en prévenir mon cocontractant, et par suite ce dernier n'aurait pu alléguer du fait qu'il n'avait pu prévoir le dommage. Si au contraire il n'était pas certain que le marché aurait été passé, je ne pourrai, en application de ce que nous avons précédemment dit, demander des dommages-intérêts ; la solution est alors la même que si le contrat n'avait pas été conclu, et l'anomalie signalée disparaît.

La jurisprudence française est d'ailleurs beaucoup trop rigide dans l'application de l'art. 1150. La Cour de Cassation belge est beaucoup plus libérale. C'est ainsi qu'elle décide qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération la quotité du dommage. Ainsi, un vendeur sait parfaitement que s'il ne livre pas la marchandise qu'il promet à son cocontractant, ce dernier sera contraint de se fournir ailleurs et de payer un prix plus élevé ; elle considère qu'un dommage de cette nature est par-

(1) En ce sens, v. Cass. 21 novembre 1910. D. 1911. 1. 208. Cass. 7 juillet 1924. S. 1925. 1. 321. Cass. 27 juin 1928 G. P. 1928. 2. 250.

Nous supposons, bien entendu que le cocontractant n'avait pas commis de dol. Sans cela, la règle de l'art. 1150 ne s'appliquerait pas.

faitement prévisible sans qu'il faille rechercher si son importance pécuniaire n'a pas été accrue par une hausse exceptionnelle ou imprévue des cours (1).

Les occasions manquées

96. A côté du problème posé par les avantages qu'aurait procuré le contrat se pose celui des occasions manquées.

Au cours des pourparlers, il se présente parfois à l'une des parties des occasions concurrentes. Doivent-elles entrer en ligne de compte pour calculer les dommages-intérêts si une rupture fautive est par la suite reprochée à l'autre partie ?

Au cours de l'étude que nous avons faite sur la doctrine, nous avons pu voir combien les avis des auteurs étaient partagés sur ce point.

Alors que la doctrine française y est généralement hostile, nous avons vu que JEHRING optait pour l'affirmative en déclarant qu'elles constituaient, à côté des dépenses engagées, l'intérêt négatif du contrat dont il y avait lieu de tenir compte, dans tous les cas, pour calculer le montant du dommage.

Entre ces deux opinions opposées, se place la doctrine de FAGGELLA qui ne les fait entrer en ligne de compte que dans la seconde phase de la formation du contrat : celle de l'élaboration de l'offre, car c'est à ce moment que, selon lui, la confiance est suffisante entre les parties pour que chacune puisse se croire en droit de repousser les offres concurrentes qui lui sont faites. Nous avons montré ce qu'il fallait penser de la division de la période contractuelle en trois phases ; mais ce qu'il y a à rete-

(1) Van Ryn : Op. cit., p. 168.

Cour de Cassation de Bruxelles, 23 février 1928, Belge, N° 1885. T. I, année 1928.

nir, c'est cette mise en lumière du lieu de cause à effet qu'il doit y avoir entre les pourparlers en cours et le refus des offres concurrentes. Ce point de vue de FAGGELLA est également le nôtre.

Si, en effet, les pourparlers sont rompus, et que par suite de ces pourparlers des offres concurrentes aient été repoussées pendant qu'ils étaient en cours, il y a là un préjudice en rapport direct avec la rupture reprochée. Si cette rupture met une responsabilité à la charge de son auteur, on devra tenir compte pour calculer les dommages-intérêts de tous les avantages certains que ces offres auraient procuré.

Au premier abord, cela semble bien sévère et l'on peut craindre que cette solution n'encombre les relations d'affaires entre individus. Mais en réalité, cette règle qui découle de l'application logique des principes légaux sur la responsabilité n'aura que bien rarement l'occasion de s'appliquer.

Le demandeur en dommages-intérêts aura, en effet, une double preuve à fournir. Il faudra, en premier lieu, qu'il démontre que le préjudice est certain et, pour cela, il devra prouver que les offres qui lui ont été faites auraient elles-mêmes abouti.

La plupart de ces offres concurrentes ne sont pas définitives, ce ne sont le plus souvent que des offres d'entrer en pourparlers, et comment prouver que ces pourparlers auraient eux-mêmes abouti ?

D'ailleurs, même s'il s'agissait d'offres définitives, il n'est pas du tout certain qu'en l'absence de pourparlers, elles auraient été acceptées (1).

Il faudra, en second lieu, que le demandeur prouve que le dommage est en rapport direct avec les pourparlers en cours. En d'autres termes, il devra démontrer que c'est en raison des

(1) René Morel, *ouvr. cit.*, p. 309.

pourparlers entrepris qu'il a repoussé les offres concurrentes. C'est évidemment une preuve assez difficile, presque impossible à faire.

Cette double preuve qui s'impose au demandeur est de nature à restreindre considérablement le principe que nous avons posé. Malgré tout, le principe demeure et nous sommes amenés à dire que, sauf les difficultés de preuve à fournir, les dommages-intérêts doivent comprendre les dépenses, les avantages *certain*s que l'on aurait retiré du contrat, et aussi les avantages *certain*s résultant d'occasions manquées par le fait des pourparlers en cours.

97. Ainsi, en appliquant purement et simplement le Code Civil, nous aboutissons à une conclusion qui, non seulement se rapproche de l'Intérêt Négatif de JEHRING, mais qui le dépasse même, puisque nous tenons compte sous certaines conditions des avantages qu'aurait procuré l'exécution du contrat manqué.

La théorie de JEHRING était loin d'être inexacte et les reproches qui lui étaient faits apparaissent beaucoup moins fondés. Cette théorie manquait malgré tout de souplesse car vouloir appliquer dans tous les cas, l'intérêt négatif comme base de dommages-intérêts en cas de rupture, ce serait entraver les relations commerciales (1).

La solution à laquelle nous avons abouti, qui paraît plus sévère est, en réalité, beaucoup moins rigide. Avec elle, les dommages-intérêts se limiteront la plupart du temps aux dépenses engagées, mais il est logique, sous certaines conditions,

(1) Leduc : *Des avant-contrats*, thèse, Paris 1909.

Legros : *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, p. 44 et suiv. Cet auteur, qui traite des dommages-intérêts dûs en cas de nullité des contrats veut dans tous les cas les limiter à l'intérêt négatif.

Roubier : *Ouvr. cit.*, p. 190 et suiv.

de l'étendre. Nous avons pris comme base de la responsabilité l'art. 1382 : rien ne nous autorise à ne pas appliquer cet article en ce qui concerne le dommage.

98. Jusqu'ici, nous avons supposé qu'il n'existait pas entre les parties une convention conclue avant la rupture. Mais lorsqu'il en est ainsi, les règles précédemment indiquées ne peuvent plus s'appliquer. Il faut, en effet, revenir à l'art. 1150 et limiter les dommages-intérêts à ceux qui avaient pu être normalement prévus par les parties au moment où cette convention a été conclue.

Il y a là une anomalie que nous avons d'ailleurs récemment signalée ; mais nous sommes bien obligés d'adopter cette solution si nous voulons rester fidèle au Code Civil ainsi que nous l'avons précédemment fait.

Fort heureusement, cet article n'aura presque jamais l'occasion de s'appliquer car la plupart du temps, l'auteur de la rupture aura, non seulement rompu la convention, mais aussi commis un véritable dol ; aux termes de l'art. 1151 du Code Civil, on revient alors au droit commun en matière de responsabilité.

Cette observation se vérifie d'ailleurs dans les exemples que nous avons précédemment cités (1).

A notre connaissance, il n'y a pas en jurisprudence de cas où l'art. 1150 ait eu l'occasion de jouer dans le problème que nous étudions.

Nous ne voyons d'ailleurs qu'un seul cas où la question pourrait présenter quelques difficultés : c'est celui prévu par l'art. 1592 du Code Civil dans lequel une vente est différée jusqu'à l'estimation du prix qui doit être faite par un arbitre. Le refus

(1) Ainsi celui qui traite avec un tiers avant l'adjudication des travaux commet un dol.

de désigner cet arbitre n'est pas forcément dolosif ; et en ce cas, l'art. 1150 trouverait-il quelque application à notre matière ?

C'est là une question bien théorique sur laquelle les tribunaux n'ont pas encore été appelés à statuer.

Nous en avons maintenant terminé avec l'étude des dommages-intérêts. Il nous resterait à signaler le cas où les parties ont elles-mêmes fixé le montant de la responsabilité par une stipulation d'arrhes ; nous avons déjà étudié cette question dans la seconde partie.

L'étude du dommage succédant à celle de la faute termine par là-même celle de la responsabilité.

Il ne nous reste maintenant qu'à conclure en portant un jugement sur l'ensemble des principes que nous avons essayé de dégager.

CONCLUSION

99. Avant de clore cette étude, nous voudrions attirer l'attention sur quelques réflexions que nous croyons nécessaire de mettre en lumière.

La solution que nous avons proposée, si nous avons fait quelques concessions aux auteurs étrangers, et plus particulièrement à JEHRING et à FAGGELLA, est en grande partie inspirée de nos grands auteurs français et plus particulièrement de PLANIOL. L'ingénieuse définition qu'il a donnée de la notion de faute, est le facteur essentiel qui a permis d'élaborer les quelques notions que nous avons essayé de mettre en lumière dans la dernière partie de cette étude. Cette définition présente le double avantage de considérer comme une faute la rupture de tout engagement contracté de bonne foi, et surtout de permettre à la liberté contractuelle de se donner libre cours pendant toute la durée des négociations préliminaires.

C'est en considération de ce double avantage que nous avons établi nos principes. En admettant facilement la responsabilité lorsque les parties ont contracté un engagement, en restreignant son champ d'application dans les autres cas.

100. La liberté contractuelle que nous considérons comme essentielle est cependant battue en brèche par le législateur contemporain qui s'immisce par une multitude de lois nou-

velles dans la gestion des patrimoines privés. Il suffit à cet égard de citer les textes récents relatifs aux loyers commerciaux : loi du 12 juillet 1933, décret-loi des 16 juillet et 8 août 1935 permettant, sous certaines conditions, une modification du loyer stipulé au bail ; les lois des 29 juin 1935 et 17 juillet 1937 qui ont admis dans certains cas la rescision pour lésion du prix de vente des fonds de commerce ; enfin plus récemment la loi du 31 décembre 1937 a réglementé le prix des locaux d'habitation. Ce ne sont là que des exemples, mais ils suffisent à eux seuls à montrer combien l'activité législative réglemente de nos jours les intérêts particuliers.

Mais il y a mieux : le législateur ne s'est pas seulement contenté de modifier des conventions déjà conclues ; il est allé jusqu'à « imposer » des contrats. C'est là une chose qui peut paraître excessive et, cependant, elle existe dans une loi dont la portée pratique est considérable : nous voulons parler de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale. A l'expiration du bail dont le commerçant est bénéficiaire, le propriétaire doit le renouveler ; il peut sans doute reprendre les locaux pour lui-même, ou pour y faire des constructions en payant une indemnité forfaitaire de loyers, mais il ne peut louer à un tiers à moins de payer une indemnité d'éviction.

Nous n'avons pas à entrer dans le détail de cette loi qui est en dehors de la question que nous étudions. Nous n'avons pas non plus à nous préoccuper si elle est bonne ou mauvaise ; nous ne l'avons citée que pour montrer comment la liberté contractuelle était restreinte par les lois contemporaines.

101. Il ne faut cependant pas exagérer cette tendance. Les lois actuelles ne sont intervenues que pour porter remède à certaines situations que les conditions économiques modernes rendaient difficiles à supporter. Le principe de la liberté appliqué avec trop de rigueur aurait pu conduire à la ruine. Cela est

particulièrement vrai de la loi sur la propriété commerciale car, sans elle, beaucoup de commerçants auraient vu le fruit de plusieurs années de labeur disparaître par un refus de renouvellement de leur bail. Le législateur est donc intervenu, mais malgré tout, son intervention demeure exceptionnelle et la liberté contractuelle est encore le principe dominant de notre statut juridique moderne.

102. C'est en conciliant cette liberté avec l'équité, conciliation que nous avons d'ailleurs tenté de faire en appliquant les principes généraux en matière de responsabilité, que nous avons posé nos quelques règles. Ce ne sont d'ailleurs pas des principes absolus ; ils sont très critiquables ; notre ambition n'a nullement été d'aboutir à un système rigide, nous avons seulement voulu poser quelques règles pouvant orienter les recherches.

Les critiques sont sans doute faciles, mais elles le seront aussi longtemps que persisteront dans notre droit des notions aussi variables que la faute, le risque et l'abus de droit.

La notion de risque dans l'entreprise, celle de la bonne foi, celle des usages commerciaux, sont assez mal définies sans doute ; mais cela est-il funeste ? Nous ne le pensons pas ; ces notions tirent justement leur valeur de la variabilité à laquelle elles sont soumises et qui leur permet de mieux s'adapter aux cas pratiques soumis aux tribunaux.

Nous regrettons qu'il n'y ait pas en la matière de jurisprudence plus abondante ; peut-être nous aurait-elle permis d'apporter plus de clarté sur certains points et de dégager des principes plus précis. Ce que nous avons voulu faire, c'est dégager quelques règles commodes et non absolues.

D'ailleurs aurions-nous voulu le faire que nous n'y serions point parvenus. Les systèmes rigides que nous avons examinés en étudiant la doctrine reposent presque tous sur une fiction, la

convention tacite de JEHRING, la garantie légale de FAGGELLA, l'engagement unilatéral de SCHEURL paraissent contraires à la volonté des individus.

La matière que nous avons étudiée ne s'accommode pas de tels systèmes ; il lui faut des règles souples pouvant s'adapter à tous les cas soumis aux Tribunaux.

103. Les solutions à apporter aux difficultés soulevées par les négociations préliminaires aux contrats doivent être trouvées dans la casuistique et non dans l'abstraction législative.

Qu'est-ce, en effet, que la casuistique ? (1). « La casuistique, dit M. RENARD, consiste tout bonnement dans l'observation des faits et la balance des intérêts, tout essai de systématisation logique étant écarté.

La casuistique joue un grand rôle dans les décisions de jurisprudence ; on peut même dire qu'elle est à l'origine de la loi.

Lorsqu'un cas d'espèce soumis à aucune loi se pose devant une juridiction, quel est le rôle des juges ? C'est de déterminer ce qui devrait être au lieu de ce qui est. C'est la répétition des cas d'espèces, de la recherche de ce qui devrait être qui donne naissance aux principes qui sont par la suite consacrés par la loi.

Le second rôle joué par la casuistique est de permettre une meilleure application des principes légaux. M. RENARD en donne un exemple : voici un texte, l'art. 419 du Code Pénal qui tend à réprimer toute coalition ou réunion tendant à vendre ou à ne pas vendre une marchandise à un prix déterminé ou celui qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques aura opéré la hausse ou la baisse des prix au-dessous de ceux qu'aurait déterminés la concurrence.

(1) G. Renard : *Le droit, la logique et le bon sens*. Conférence d'instruction philosophique à l'étude du droit. 2^e série, Paris, 1925, p. 341 et suiv.

Les cartels, les trusts et toutes les ententes entre les entreprises tombent sous le coup de cet article. Et cependant elles sont nombreuses ; c'est qu'en effet, la jurisprudence distingue entre les bons et les mauvais trusts. Cette discrimination qu'elle fait en introduisant dans la loi pénale un élément de moralité, c'est de la casuistique ; et pourtant, nous dit M. RENARD, ce n'est pas une constatation, c'est une appréciation, un jugement, une solution de droit.

La casuistique, et c'est son troisième rôle, permet aux juges de trouver une solution aux problèmes qui ne sont pas soumis à une réglementation légale ou qui, tout au moins, ne sont réglés que par des principes généraux. C'est le cas des pourparlers.

C'est, en effet, un problème où le juge doit, après une observation minutieuse des faits qui lui sont soumis, rechercher ce qu'exige la liberté, la bonne foi, les usages, en tenant compte des intérêts en présence.

Il est d'ailleurs heureux qu'il existe dans notre droit des matières permettant à la casuistique de jouer son rôle ; cela permet, en effet, de concilier les intérêts en présence, ce qu'une codification trop rigide et trop précise ne permettrait pas de faire dans une société en continuelle évolution comme la nôtre. Il faut qu'il y ait un juste équilibre ; certaines matières doivent être strictement réglementées, d'autres, au contraire, doivent être plus libres et abandonnées à la casuistique.

C'est sur cette observation que nous terminerons notre étude en citant un passage d'une conférence de M. RENARD où en opposant l'exégèse au « *freies recht* » (le droit libre) il a pu notamment déclarer : « Il n'est pas bon que le juge soit livré à son bon sens propre (c'est l'erreur du *freies recht*) ; mais il n'est pas bon non plus que la loi ait la prétention de tout pré-

voir, de fournir des réponses à toutes les questions et d'emprisonner à l'excès l'appréciation du juge (et ceci est l'illusion de l'école de l'exégèse). Le Juge est un collaborateur, non un serviteur passif de la loi ».

Vu, le Président :

R. MOREL.

Vu, le Doyen :

G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

A. ROUSSY.

ABRÉVIATIONS

D. : Dalloz : Recueil de jurisprudence générale.

D. H. : Dalloz : Recueil hebdomadaire.

G. P. : Gazette du Palais.

G. T. : Gazette des Tribunaux.

Ed. : Edition.

P. : Page.

P. 298 et suiv. : Page 298 et suivantes.

Ouvr. cit. : Ouvrage cité à l'index bibliographique.

Req. : Arrêt de la Chambre des requêtes.

Crim. : Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation.

Cass. : Arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation.

Rouen : Arrêt de la Cour d'Appel de Rouen.

Trib. Civ. : Tribunal Civil.

S. : Sirey : Recueil de jurisprudence générale.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

- BAUDRY LACANTUISERIE et BARDE. — *Des Obligations*. (3^e éd.). Paris, 1906, Tome 1^{er}.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit Civil Français*. 5^e éd., Paris, 1928, T. II.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit Civil Français*. Paris, 1930, T. VI, par M. ESMEIN.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*. Paris, 1923, T. II.
- Henri DE PAGE. — *Traité élémentaire de Droit civil Belge*. Paris, 1934.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

- André BRUN. — *Rapports et domaines des responsabilités contractuelles et délictuelles*. Thèse, Lyon, 1930.
- JEHRING. — *Œuvres choisies*. T. 2. Traduction O. DE MEULENAERE.
- JOSSERAND. — *De l'abus des droits*. Paris, 1905.
- JOSSERAND. — *Essai de téléologie juridique*. Paris, 1927, T. 2 : *De l'esprit des droits et de leur relativité*.
- HILSENRAD. — *Des obligations qui prennent naissance au cours de la formation d'un contrat*. Thèse, Paris 1932.
- LEGROS. — *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*. Thèse, Dijon 1901.
- LEDUC. — *Des avant-contrats*. Thèse, Paris 1909.
- MAZEAUD. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*. 2^e éd., Paris 1934. T. 1^{er}.
- MEIGUIÉ. — *Responsabilité et contrat. Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle*. Thèse, Lille 1924.
- ROUBIER. — *La responsabilité précontractuelle*. Thèse, Lyon 1911.
- SALEILLES. — *Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil Allemand*. (3^e éd.). Paris, 1925.
- Georges RENARD. — *Le droit, la logique et le bon sens*. Conférence d'instruction philosophique à l'étude du droit. 2^e série. Paris, 1925.

VAN RYN. — *Responsabilité Aquilienne et contrats en droit positif*.
Paris, 1933.

WORMS. — *De la volonté unilatérale*. Thèse, Paris, 1891.

III. — REVUES

René MOREL. — *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1908, p. 298 et suiv. :
« Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles ».

SALEILLES. — *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1907 : « À propos d'une
nouvelle étude sur la matière », p. 697 et suiv.

MAZEAUD. — *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1930, p. 112 et suiv.

E. LÉVY. — *Revue Critique*, 1899, p. 373 et suiv.

Revue Belge « Assurances et Responsabilité », 1929, p. 468 et
suivantes, p. 511 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Nécessité du concours de deux volontés pour qu'un contrat se forme : l'offre et l'acceptation	5.
2. Les contrats composés	6.
3. Caractère récent du problème des pourparlers : quelles en sont les raisons ?	8
4. Première raison : Le déclin du formalisme	9
5. Le Droit Romain et l'Ancien Droit	9
6. Le Code Civil	10
7. Seconde raison : La vie économique contemporaine et l'activité du législateur actuel	11
8. Troisième raison : Le développement des moyens de communication et la publicité	13.
9. Plan	17.

PREMIERE PARTIE

POSITION JURIDIQUE DU PROBLEME DES POURPARLERS

Section 1. — Dans quels contrats le problème des pourparlers peut-il se poser ?

10. Nécessité d'une élaboration contractuelle	21
11-12. Le problème peut se poser dans tous les contrats.....	22-23-24

Section 2. — Les différentes phases de la formation d'un contrat

13. La classification tripartite de Faggella	25.
14. Critique de cette classification	28.
15. Utilité qu'elle peut présenter	31
16. Le refus d'entrer en pourparlers	33
17. Les pourparlers et l'offre de contrat	35.
18. Classification adoptée	39.

Section 3

19. Les pourparlers et les promesses de contrat	40
---	----

Section 4

20. Les obligations juridiques naissant des pourparlers.....	43
21. A quelle date le contrat est-il conclu	50
22. La principale obligation naissant des pourparlers : la responsabilité en cas de rupture	51
23. La période précontractuelle et la nullité des contrats.....	52

DEUXIEME PARTIE

DOCTRINE ET LEGISLATION

24. Tendances générales	57
-------------------------------	----

Section 1. — La Théorie de Jhering

25. La Convention tacite préalable	60
26. Les dommages-intérêts limités à l'intérêt négatif	64
27. Critiques adressées à la théorie de Jhering	65
28. La théorie et le Droit Romain	67
29. Critique de la notion de convention tacite	69
30. Critique de la notion d'intérêt négatif	71
31. Utilité de la théorie de Jhering	73

Section 2. — Le risque contractuel

32. Principe de la théorie de Windschien	75
33. Critique de la notion de risque contractuel	78

*Section 3. — Autres théories Allemandes :
Le mandat, la gestion d'affaires*

34. La théorie du mandat : les honoraires d'architecte.....	79
35. Critique de cette théorie	81
36. La gestion d'affaires	82
37. La doctrine de l'engagement unilatéral	82

Section 4. — La Législation Allemande

38. Le Code Prussien	85
39. Le Projet de Code Civil Allemand	87
40. Le Code Civil Allemand	91
41. Utilité de la Législation Allemande	93

Section 5. — La Doctrine Italienne de Faggella

42. Généralités	95
43. Principes dominants de cette doctrine	95
44. Le pacte de garantie, base de la responsabilité.....	97
45. Analogie avec la doctrine de l'abus de droit	98
46. Elargissement de la responsabilité après l'émission de l'offre	100
47. La calcul des dommages-intérêts	101
48. Critique de la notion de pacte de garantie.....	103
49. Valeur de la doctrine de Faggella	106

Section 6. — Législation et Doctrine Française

§ 1. LÉGISLATION.

50 Absence de dispositions précises dans le Code Civil	108
51. L'article 1599 du Code Civil.....	109
52. L'art. 1590 du Code Civil : la vente avec arrhes : théorie de la condition suspensive	111
53. Caractère propre de la stipulation d'arrhes	114
54. La responsabilité des fondateurs de sociétés anonymes.....	116
55. Raisons d'utilité pratique qui ont fait admettre cette responsabilité	117
56. La liberté contractuelle principe dominant du Code Civil. Dispositions nouvelles tendant à la restreindre	118

§ 2. LA DOCTRINE FRANÇAISE.

57. Caractère récent de la doctrine	120
58. Théorie de Labbé	121
59. Théorie de M. Saleilles	123
60. Opinion de MM. Planiol, Ripert et Esmein	125
61. Opinion de M. Demogue	127
62. Critique de cette opinion	129
63. Opinion de M. Josserand : l'abus de droit	130
64. Critique de la théorie de M. Josserand	132
65. Opinion de MM. Mazeaud	133
66. Tendance générale de la doctrine	136

TROISIEME PARTIE

67. Nécessité de s'en tenir aux dispositions de l'art. 1382 du Code Civil	141
68. Existence possible d'une convention préalable	142
69. Maintien dans tous les cas de la notion de faute	144

CHAPITRE PREMIER

La faute dans les pourparlers*Section 1. — A quelles conditions la rupture des pourparlers constitue-t-elle une faute ?*

70. Théorie de Planiol	145
------------------------------	-----

§ 1. — EXISTENCE D'UN RISQUE D'ENTREPRISE A LA CHARGE DE L'UNE
DES PARTIES.

71. Absence de faute en ce cas	148
72. Absence de dommage	150
73. Exception en cas d'abus de droit	151
74. Conclusion	154

§ 2. — EXISTENCE D'UNE CONVENTION TACITE.

75. Exemples	155
76. La responsabilité a sa source dans l'inexécution d'une convention	156
77. Difficulté relative à la femme dotale	160
78. Tendance générale de la jurisprudence	162
79. L'exemption de la convention préalable. Exécution en nature ou par équivalent ?	164

Section 2. — Absence de risque d'entreprise et de convention préalable

80. Exemples	166
81. Application du droit commun	168
82. L'arrêt de la Cour de Rennes de 1929	168
83. La mauvaise foi	170
84. Les dépenses excessives	172
85. Le retrait capricieux	173
86. Valeur des solutions proposées	174

Section 3. — La Nature de la responsabilité

87. Responsabilité contractuelle et Responsabilité délictuelle	176
88. Elles ont toutes deux la même origine	177
89. Elles doivent toutes deux être prouvées	178
90. Elles s'apprécient de la même manière	179
91. Difficulté relative aux incapables	181
92. Responsabilité des incapables	184

CHAPITRE II

Le montant des dommages-intérêts

93. Application des principes généraux	187
94. Les avantages qui auraient été tirés du contrat manqué.....	188
95. Difficulté soulevée par l'art. 1150 du Code Civil	190
96. Les occasions manquées	192
97. Comparaison avec l'intérêt négatif	194
98. Application de l'art. 1150 du C. C. lorsqu'il existe une conven- tion préalable	195

CONCLUSION

99. La liberté contractuelle et le respect des contrats	197
100. Les restrictions récentes à la liberté contractuelle	197
101. La liberté demeure malgré tout le principe dominant	198
102. Difficulté d'élaborer un système	199
103. La casuistique et le droit	200



